TEXTE
DES
COUTUMES
DE LA
PRÉVÔTÉ ET VICOMTÉ
DE PARIS.

TEXTE
DES
COUTUMES
DE LA
PRÉVÔTÉ ET VICOMTÉ
DE PARIS;

PAR M. EUSEBE DE LAURIERE,
Avocat au Parlement;

AVEC BEAUCOUP DE NOTES NOUVELLES, trouvées après son décès; lesquelles ont pour objet principal de faire connoître le sens & l'esprit de chaque Article.

TOME SECOND.

A PARIS,

Chez NYON, Libraire, rue S. Jean-de-Beauvais, vis-à-vis le College.

M. D. C C. L X X V I I.

Avec Approbation, & Privilege du Roi.

cap

KJV
264
.P37
1777
v. 2

TEXTE
DES
COUTUMES
DE LA
PRÉVÔTÉ ET VICOMTÉ
DE PARIS.

TITRE SEPTIEME.

De Retrait lignager.

QUAND les Seigneurs consentirent à l'hérédité des fiefs, ce qui arriva vers le commencement de la troisieme Race de nos Rois, ce fut à condition qu'on ne feroit point passer les terres sans leur consentement, en des familles étrangeres, & qu'ainsi les fiefs seroient comme substitués dans les familles en faveur desquelles ils avoient bien voulu les rendre héréditaires.

C'est de l'hérédité des Fiefs accordée à cette condition, que la regle *paterna paternis*, *materna*

maternis, si célebre parmi nous, le retrait féodal & le lignager sont dérivés comme une suite nécessaire; & des fiefs, tout ce droit a été ensuite étendu aux héritages en roture, & aux aleux.

On trouve le Retrait féodal établi en France dès l'an 977, dans la charte du rétablissement du Monastere de la Réole, en ces termes: *Statutum est quod si quis possessiones quas tenet in feudo de Ecclesia, vendere voluerit, cum assensu Prioris, vel Præpositi faciat, & Prior ipse si voluerit emat, alioquin cui voluerit vendat, salvo jure Ecclesiæ, scilicet de unoquoque solido nummum unum.* Voyez tom. 2, Biblioth. M. SS. Labbei, p. 744.

A l'égard du Retrait lignager, *Obertus de Orto*, qui vivoit sous Frédéric I, en parle comme d'un usage très établi de son temps, lib. 2, Feudor. tit. 3, aut. 4, § 1. *Sed etiam Res cujus alienatio prohibetur per beneficium dari conceditur, nisi in casu ut ecce si quis ex agnatis tuis, rem quæ à communi parente per successionem ad eum pervenerit, non permittitur ei, etiam secundum antiquam consuetudinem, alii eam vendere, nisi tibi, vel alii proximiori pro æquali pretio accipere volenti, &c.*

Brodeau a été d'avis que le Retrait lignager n'a été établi en France que sous le regne de Saint Louis; mais nous apprenons de la Charte de la Commune de Beauvais, de l'an 1182, que c'étoit un droit observé de ce temps. *Item, si contigerit, quod aliquis de Communia hereditatem aliquam emerit, per annum & diem tenuerit, & ædificaverit, quique postea veniens per redemptum calumniabitur super hoc, ei non respondebitur sed emptor in pace remanebit.*

Cet Auteur s'est aussi imaginé que les propres ou les aleux ont été inaliénables de tout temps en France, & que la prohibition de les mettre

hors des familles, ayant été abolie, on introduisit le Retrait lignager pour indemniser les parens.

S'il avoit jetté les yeux sur le chapitre 19 du second livre des Formules de Marculfe, & sur le chapitre 3 de celles qui ont été publiées par M. Bignon, il auroit vu qu'on aliénoit anciennement en France, sous nos Rois de la premiere & de la seconde Race, les propres & les acquêts avec la même liberté; & l'on ne doutera pas de cette vérité quand on aura conféré avec ces Formules, les paroles qui suivent, tirées du testament de S. Didier, Evêque de Cahors, qui vivoit sous nos Rois de la premiere Race. *Quid quid ex successione parentum habeo, vel quod in Regis aula, vel in servitio Principum elaboravi, & veniens mecum detuli, quidquid exinde adhuc supersit, quod in ornatu est, & quod ad ministerium tuum, sancta Mater Ecclesia, non impendi, totum & ad integrum possidendum tibi reliquo, tuoque juri dono, atque transcribo, ac obtestor ut nullus successorum meorum, quicquam exinde ex tuo gremio, ex quo ibi in ornatum tuum feci, vel in thesauro tuo indidi, auferre præsumat.*

Ce passage est très-clair, & néanmoins Dominici, dans son Traité *de Prærogativa allodiorum, cap. 10, n. 5*, l'a employé pour prouver la prohibition d'aliéner, comme si S. Didier n'avoit légué ses propres que sous le bon plaisir de ses parens; mais cet Auteur avoit omis de remarquer, qu'il n'y a presque point d'ancien contrat où l'on n'ait alors eu soin de prendre des précautions contre les chicanes des parens, & que dans ce testament les *successeurs* ne sont point les *héritiers* de S. Didier, mais les Evêques qui devoient remplir sa place. Comme dans cette clause du testament d'Aldricus, Evêque du Mans, pu-

blié par M. Baluze dans ſes *Mélanges*, tome 3, page 91. *Conteſtor enim ſanctum ſucceſſorem meum, mox futurum quicumque fuerit, & quaſi ad veſtigia pedum ejus provolutus humiliter deprecor, ut ſic de me & pro me miſerrimo peccatore faciat, ſicut vult, ut ſui ſucceſſores, poſt obitum ejus de eo faciant, & ſic mea facta integra conſervet, ſicut ſua vult poſt ſe ſervari. Hanc ergo paginolam teſtamenti ſuppliciter flagito, ut per omnia conſervet.* Vide Belium in Comit. Pictav. p. 222, & in Epiſ. Pictav. p. 37, &c.

Tel fut certainement l'uſage juſqu'à l'onzieme ou douzieme ſiecle; mais vers ce temps, l'impudence des héritiers préſomptifs alla ſi loin, qu'on fut obligé, pour prévenir leurs vexations, de les faire conſentir aux donations & aux ventes des fonds échus par ſucceſſion, comme il ſe voit dans les anciennes Chartes, dont on trouvera pluſieurs dans les Preuves du livre qui a pour titre, *Sancti Bernardi genus illuſtre aſſertum.* Cette précaution devint enſuite une formalité néceſſaire; de ſorte qu'en pluſieurs lieux, les aliénations des fonds échus par ſucceſſion, faites ſans le conſentement des héritiers, furent déclarées nulles. *Si ſachez*, dit Boutellier dans ſa Somme, liv. 1, tit. 67, p. 40, *que ſans les conditions qui s'enſuivent, ne peut* vendre l'homme ſon héritage, qui de par pere & de par mere lui vient; c'eſt-à-ſavoir par trois conditions. La premiere, ſi eſt par le gré & conſentement de l'hoir; la ſeconde, par pauvreté; & la tierce condition, ſi eſt pour employer en héritages ſuffiſans. Glanvilla, lib. 7, cap. 1. *Præſumeretur quod ſi quis in infirmitate poſitus ad mortem diſtribuere cepiſſet terram ſuam, quod in ſanitate ſua minime facere voluiſſet, quod potiùs proveniret illud ex furore animi, quam ex mentis deliberatione,*

Posset tamen hujusmodi donatio in ultima voluntate alicui facta ita tenere, si cum consensu heredis fieret, & ex suo consensu confirmaretur. Et comme tout *héritage*, c'est-à-dire, *tout fonds échu par succession*, étoit ainsi affecté à toute une famille, il fut, par cette raison, appellé *propre de famille*, à la différence de l'acquêt auquel les familles ne prenoient point de part, parce qu'on en pouvoit disposer librement.

Quant à cette coutume, il ne nous reste de tout cela, qu'on ne peut encore disposer par testament que du quint de ses propres, selon l'article 292. *Voyez* sur ce sujet ce qu'a écrit Raoul Fournier, *libro 5, Rerum quotidianarum, cap. 23.*

Il faut à présent dire deux mots de *l'action en retrait lignager*; & si on la considere par rapport à *l'étranger* qui a acquis le *propre* du lignager vendeur, elle est *pure personnelle*, *ex quasi contractu*, parce que tout étranger qui achete un héritage *propre*, l'acquiert tacitement, à la charge du *Retrait lignager*. C'est par cette raison, qu'en Retrait lignager il n'y a point *de garantie* de la part du vendeur, comme le remarquent très-bien nos Auteurs, *cum res empta* evincitur *ex naturâ suâ*, *non tenetur* venditor *de evictione*, *& ideo si quis rem venditam auferat*, jure protimiseos, *sive jure retractus gentilitii aut feudalis*, *nullum prorsus habet regressum*, *quoniam scivit*, *aut certe ignorare non potuit hanc esse rei naturam ut eo jure avocari possit.* Taciteque hac Lege emisse *censetur*. Burgundus *de evictionibus*, *cap. 54*, *numero 1*. Il y a des exemples de ces actions personnelles *ex quasi contractu*, dans les articles 99, 100 & 101 de cette Coutume.

Cependant l'opinion la plus commune & la plus suivie, est que cette action est *mixte*. De-là vient que l'usage est de donner *le choix* au Re-

trayant d'intenter son action ou pardevant le *Juge du domicile du premier acquéreur*, ou pardevant le *Juge du lieu* où les héritages sont situés ; & de-là vient encore qu'en plaidant pardevant le Juge du domicile de l'acquéreur, il faut suivre les formalités prescrites par les Coutumes des lieux où les fonds *retraits* sont situés. *Voyez* M. Louet, lett. R ; *Rinkingkium de Retractu, q. 9, n. 52, 53.* Joignez l'observation sur l'article 116.

Mais lorsque le premier acquéreur a vendu à un second, & le second à un troisieme, comme le retrait suit le propre en quelque main qu'il passe, c'est pour lors que l'opinion commune est bonne & que l'action est vraiment *mixte ;* ou pour parler comme les Jurisconsultes Romains, *personalis in rem scripta.*

Ce qui a été remarqué ci-dessus, que *l'action en retrait lignager* contre le premier acquéreur d'un propre, est *pure personnelle*, est encore plus certain quand cette action a pour objet immédiat des *choses incorporelles*, comme des *droits successifs ;* car ces *droits*, par rapport à celui qui les a acquis, n'ayant point d'assiette, & ne pouvant suivre que sa personne, l'ajournement en retrait ne peut être donné en ce cas que pardevant le Juge de son domicile, comme il est très-bien décidé par l'article 78 de la Coutume de Chateauneuf, qui porte que,

L'ajournement en matiere de retrait se doit faire sur le lieu & héritage qu'on veut retraire, présens témoins, hors huitaine, & signifier ledit ajournement à l'acheteur ; & à la premiere assignation de la cause, les deniers doivent être offerts à découvert par celui qui veut retraire tel héritage ; & autrement le Retrayant déchet dudit Retrait ; sauf toutefois que pour SUCCESSION *universelle, ou autre* DROIT INCORPOREL *qu'on voudra retirer, suffit*

faire l'ajournement à la personne ou au domicile de l'acquéreur.

De sorte que dans ce cas on n'a aucun égard aux formalités prescrites par la Coutume des lieux où les fonds sont situés, parce que ces fonds, qui sont *l'objet immédiat des droits*, ne le sont pas du Retrait qui n'a uniquement que ces droits pour objet.

On finit en observant que le Retrait lignager n'est de rigueur que par rapport aux formalités introduites par les Coutumes qui doivent être observées à la rigueur, comme les solemnités prescrites pour *le testament.* Mais c'est une erreur de conclure de-là, que le *Retrait lignager*, émané de la Loi de Dieu, soit odieux; & l'on peut dire même qu'il est beaucoup plus favorable que les *testamens*, puisque par les testamens *les biens sortent ordinairement des familles*, au lieu qu'ils y rentrent par *les Retraits.* Mais comme cette question a été traitée au long par les Commentateurs, on se contentera ici de renvoyer le Lecteur à ce qu'en ont écrit Tiraqueau & Reinkingk.

Ce qu'on a dit ci-dessus, qu'en *Retrait lignager* il n'y a point de *recours de garantie*, n'est vrai, ce semble, qu'à l'égard du *premier acquéreur*, qui est réputé avoir acheté tacitement, à la charge du Retrait lignager ou féodal. Mais si ce premier acquéreur n'a pas eu soin de faire ensaisiner, inféoder, ni insinuer son contrat d'acquisition; & si ensuite un lignager du premier vendeur retire sur le premier contrat contre un second acquéreur, il est juste que dans ce cas il y ait recours contre le premier acquéreur, puisque c'est par sa faute que ce Retrait est exercé.

On est cependant forcé de convenir que les Retraits donnent souvent occasion à un nombre

infini de procès & à de faux-sermens, parce que les lignagers ne retirent ordinairement les héritages *propres*, vendus à des étrangers, que pour les mettre eux-mêmes hors des familles, en les vendant plus cher que le premier parent ne les avoit vendus.

Pour prévenir cette fraude, on fait ordinairement affirmer celui qui use du Retrait, qu'il ne prête pas son nom à un autre & qu'il entend conserver l'héritage; mais comme souvent on ne se fait pas de scrupule de *jurer faux*, quand il y a de l'argent à gagner, il faudroit suivre en ce cas la disposition de l'article 398 de la Coutume d'Anjou, qui porte:

Si le lignager du vendeur, qui aura eu le Retrait, vend ou transporte les choses, ou a paction & intelligence de le faire, soit à grace ou autrement, au-dedans de l'an & jour après ledit Retrait; le premier acquéreur ou le lignager du vendeur, qui auroient fait leur diligence & été connus, auront ledit héritage, en rendant & payant les deniers qui auroient été payés. Et en ce cas lesdits lignagers excluront l'acquéreur second & les autres lignagers ayant fait ladite fraude, moyennant qu'ils viennent au-dedans de l'an & jour après le second acquêt & possession prise. Voyez Pallu en cet endroit, & du Pineau dans son Commentaire sur l'article 398 de la Coutume d'Anjou, colon. 934, à la fin; la Coutume du Maine, article 408; Loudun, chap. 15, art. 14.

Quelques Coutumes ont un Retrait particulier appellé de *bienséance*, dont parle Loisel dans ses Institutes, & qui est accordé par quelques Coutumes à ceux qui possedent des *biens par indivis*, lorsque quelqu'un d'eux vend sa part commune, & ce en rendant à l'acquéreur le prix qu'il en a payé. Ce qui n'a point lieu dans

cette Coutume, si ce n'est dans un seul cas, qui est lorsqu'un de plusieurs cohéritiers vend sa part indivise dans une succession. Ce qui a été ainsi jugé par plusieurs Arrêts rapportés par *Brodeau*, sur M. *Louet*, lettre C, sommaire 13, n. 2, pag. 149, 150; & par un récent, du 29 Janvier 1723, entre Benoît de Porcheres, & Claudine Sepaysa sa mere, veuve de Benoît de Porcheres, héritier de Benoise Cornin, laquelle étoit héritiere universelle de Marguerite Pepay, femme de Jacques Cornin de Charbonnieres, appellans d'une Sentence rendue au Bailliage de Mâcon, le 6 Septembre 1721, & défendeurs d'une part; & Jean l'Intard, Procureur au Bailliage & Siege Présidial de Mâcon, comme ayant acquis par contrat passé pardevant Notaires & Témoins, à Mâcon, le 14 Mars 1720, de Joseph *Cornin*, héritier universel de Jacques Cornin son oncle, lequel étoit héritier de Benoise Cornin sa fille, héritiere de Marguerite Pepay sa mere, *la tierce portion* des biens de la succession de ladite Benoise Cornin, indivise avec ladite Claudine Sepaysa, intimé & demandeur; duquel Arrêt voici le dispositif:

Notredite Cour donne acte à la Partie de *le Maître* de ses offres; en conséquence, en tant que touche l'appel, a mis & met l'appellation & ce dont a été appellé au néant; émendant, condamne la Partie de *le Maître* à rembourser à la Partie de Cottin, dans un mois, le prix principal du contrat, les frais, loyaux-coûts, & les droits de lods & ventes, payés par la Partie de Cottin, aux intérêts du jour des paiemens, en affirmant par la Partie de Cottin, aussi dans un mois, qu'il a payé en entier le prix porté par le contrat; condamne la Partie de Cottin *à se désister de la possession des héritages donnés* pour le prix

du contrat, & à la reſtitution des fruits, ſi aucuns ont été perçus par la Partie de Cottin, dépens compenſés ; & pour l'affirmation, renvoie les Parties devant le plus prochain Juge royal des lieux. Fait en Parlement, le 29 Janvier 1723. LE JEUNE, Procureur.

ARTICLE CXXIX.

La rente fonciere & l'heritage propres, mis par vente hors du lignage, peuvent être retraits par les parens du vendeur du côté & ligne dont l'héritage ou la rente lui ſont échus.

Quand aucun a vendu & tranſporté ſon propre héritage, ou rente fonciere, à perſonne étrange de ſon lignage du côté & ligne dont ledit propre heritage ou rente fonciere lui eſt venu & échu par ſucceſſion, il eſt loiſible au parent lignager dudit vendeur du côté & ligne dont eſt venu & échu ledit heritage ou rente fonciere, de demander & avoir par Retrait lignager icelui heritage ou rente dedans l'an & jour, que l'acheteur en a été enſaiſiné, s'il eſt tenu en cenſive, ou qu'il a été reçû en foi & homage, s'il eſt tenu en Fief, en rembourçant ledit acheteur de ſon fort principal & loïaux couts.

Quand aucun a vendu & tranſporté ſon propre

héritage.] Une tante dont tous les biens consistoient en acquêts, institue sa niece légataire universelle. La niece, ainsi instituée, traite avec sa propre fille, & moyennant 1200 liv. de pension viagere que sa fille lui donne, elle renonce au legs universel, ensorte que la fille se trouve maitresse, comme seule & unique héritiere de tous les biens de sa tante. Cette fille vend à Simpronius quelques maisons dont elle a ainsi hérité, & elle les retrait ensuite elle-même sous le nom de son fils mineur. On demande si ces maisons sont propres, & sujettes à Retrait, ou si elles ne le sont pas?

On pourra dire qu'elles sont des *propres*, puisque sa fille les a eues comme héritiere de sa tante, & que tout ce qui échet par succession *collatérale*, est propre, suivant l'art. 325.

Mais on opposera que si ces maisons sont échues à la fille, comme héritiere de sa tante, ce n'est que parce que la fille a donné à sa mere de l'argent, ou chose équipolente, pour la faire renoncer au legs universel par elle accepté; & que, suivant l'article 5, tout ce qui provient d'une succession, en conséquence de la renonciation d'un cohéritier, *faite pour de l'argent ou chose équipollente, est un acquêt* & non *un propre.*

S'il arrivoit que la maison d'un pere & d'une mere fût saisie réellement, & adjugée par décret au fils, comme dernier enchérisseur, cette maison lui seroit assurément un acquêt. Il en doit, ce semble, être ici de même. *Sub judice lis est.*

Il est loisible au parent lignager dudit vendeur, du côté & ligne dont est venu & échu ledit héritage ou rente fonciere, de demander, &c.] Pour *succéder à un propre*, à l'exclusion de tous autres parens, il faut être descendu de celui qui l'a mis

dans la famille, ou être du moins parent de son côté & de sa ligne, à celui de la succession duquel il s'agit, suivant les articles 326, 329 & 320.

Et par la même raison, pour exercer *le Retrait*, il faut être ou descendu du premier acquéreur, ou être du moins parent du côté & ligne de celui qui a vendu le propre, & qui l'a mis hors de la famille.

Et quoiqu'au défaut de parens descendus du premier acquéreur, ou de son côté & de sa ligne, un tel *propre* soit considéré comme *acquêt* dans la personne du défunt; & quoique comme acquêt il appartienne à son plus *proche parent*, il est cependant *sujet au Retrait* comme propre naissant, en la personne du plus proche parent qui y a succédé, ce qui doit avoir lieu quand même, suivant la disposition de l'article 330, un héritage du côté *paternel* auroit ainsi passé à des parens du côté maternel. *Voyez* ce qu'on a remarqué en cet endroit.

Si celui qui a un héritage *propre*, le baille à *rente fonciere* non rachetable, cet héritage ne pourra être retiré, parce qu'il n'y a pas eu *d'argent déboursé*, n'y ayant pas eu de vente.

Mais si le *fils* ou le *petit fils* de celui qui a pris *l'héritage* à rente, le vend, un *parent* du côté & de la ligne dont l'héritage leur est avenu & échu, le pourra retirer comme *propre*, & à la charge de la rente. *Voyez l'article 237.*

Et si le *bailleur*, qui s'est réservé *la rente fonciere non rachetable*, la vend, le plus proche parent du côté & de la ligne dont l'héritage étoit échu, la pourra avoir par Retrait, suivant cet article.

On pouvoit douter si cette *rente fonciere réservée* par le bailleur, lui étoit *propre* ou *acquêt*;

& comme l'héritage étoit conſtamment *acquêt* au preneur, il y avoit lieu, ce ſemble, de dire que la rente devoit auſſi être *acquêt* au *bailleur* qui ſe l'étoit réſervée, & qu'ainſi elle ne pouvoit être retirée ſur celui qui l'avoit achetée de lui.

Il faut néanmoins dire le contraire, parce qu'une telle rente, *diminuant l'héritage à perpétuité*, elle eſt cenſée en faire partie & en être comme une eſpece de délibation. De ſorte qu'elle peut être retirée par le plus proche parent, non indiſtinctement du côté & de la ligne de celui qui ſe l'eſt réſervée par le bail à rente qu'il a fait de ſon héritage, mais, comme on l'a dit, par le plus proche parent, du côté & de la ligne dont l'héritage lui eſt échu.

Un débiteur ayant cédé, vendu & tranſporté des héritages qui lui étoient *propres*, pour s'acquitter envers ſon créancier, d'une ſomme de 6000 liv. qu'il lui devoit; les parens lignagers du débiteur peuvent conſtamment retirer ces héritages dans l'année, ſelon cet article & le ſuivant.

Six mois après cette acquiſition, le *créancier* bailla à *rente fonciere non rachetable*, ces mêmes héritages au fils de celui qui les lui avoit donnés en paiement; enſorte que par ce bail à rente, ces héritages rentrerent dans la famille dont ils étoient ſortis.

Seize ou dix-ſept années après, le *petit fils* de l'ancien débiteur, & le fils de celui à qui ces héritages avoient été baillés *à rente fonciere non rachetable*, fit aſſigner en Retrait le créancier bailleur *à rente*, parce que le contrat par lequel ſon aïeul avoit cédé ces héritages en paiement, n'avoit point été *enſaiſiné*; la queſtion fut de ſavoir s'il étoit bien fondé dans cette action à l'effet de retraire *cette rente*.

Quant aux *héritages*, il eſt évident que ſon action auroit été mal intentée, parce que le *créancier* les lui ayant baillés à rente *fonciere non rachetable*, ce créancier n'en étoit plus ni propriétaire, ni poſſeſſeur ; & c'eſt encore en vain que ce petit-fils auroit voulu diriger ſon action contre ſon pere, puiſque ſon pere qui poſſédoit ces héritages n'étoit pas moins de la famille de ſon aïeul que lui.

La queſtion fut enſuite de ſavoir ſi le Retrait étoit bien intenté contre le créancier à l'égard *de la rente ;* & comme la rente ſtipulée *non rachetable*, étoit cenſée faire partie des héritages qui en étoient chargés, puiſqu'elles les diminuoient à perpétuité, il ſemble qu'il y avoit lieu de dire que le retrait étoit bon, & que le petit-fils devoit avoir la rente en rendant les 6000 l. pour leſquelles les héritages avoient été donnés en paiement ; mais comme il y avoit fraude, parce que le pere chargé par le bail à rente, de faire l'enſaiſinement, n'y avoit pas ſatisfait, afin de ſe ſervir un jour du nom de ſon fils pour retirer la rente, quoique ſtipulée non rachetable, il fut obligé de ſe déſiſter.

Un pere, pendant ſon mariage, vend une maiſon qui lui étoit *propre*, & dont la moitié étoit à ſon fils pour ſon douaire coutumier, en cas que le fils jugeât à propos de s'y tenir.

Le pere meurt ; le fils renonce à ſa ſucceſſion & prend le douaire. Dans le temps qu'il étoit ſur le point d'agir en revendication contre l'acquéreur, il traite de ſon action avec un tiers, & la lui cede moyennant la ſomme de *dix mille livres*, plus ou moins.

On demande ſi cette action peut être retraite par un parent lignager du fils, du côté de ſon pere ?

Il semble que non, parce que cet article ne donne le retrait que pour les *héritages seuls* & pour les *rentes foncieres;* la Coutume le refuse pour *l'usufruit* dans l'article 147; elle le refuse aussi tacitement dans celui-ci pour les rentes constituées, il semble que l'intention des Réformateurs n'a pas été qu'il eût lieu pour des *actions*.

Mais d'un autre côté, puisque celui qui a une *action* sûre & efficace, pour revendiquer un immeuble, est censé avoir l'immeuble, il s'ensuit que si l'immeuble lui est *propre*, l'action en revendication lui est propre aussi. Et comme l'enfant ne peut céder son action en revendication, sans céder aussi la propriété de son douaire, il faut dire que de telles actions sont sujettes au Retrait lignager. Il se trouve que M. *Tiraqueau* a été de cet avis dans son Traité du *Retrait lignager*, §. 1, sur les mots *ou autres choses*, glose 7, n. 31; & de du Molin sur le §. 13 de l'ancienne Coutume, glose 4, n. 5, page 251, colonne 1, vers la fin, en ces termes:

Retractus feudalis non est nisi ad feuda & in casu venditionis feudi duntaxat competit, sed retractus proximitatis nedum competit ad omnia heredia sed etiam ad jura, & actiones ad illa competentes, &c. Vide *Reikingkium de retractu, quæstione 3, n. 101, 102, 103, 104.*

Il en doit être de même du *Retrait conventionnel*, ou de la faculté de racheter dans un certain temps un propre vendu, si cette faculté est vendue à un étranger. *Voyez* Tiraqueau au lieu marqué ci-dessus, q. 32; du Molin sur l'ancienne Coutume de Paris, §. 23, q. 8, & la Coutume du Bourbonnois, art. 483.

On a demandé s'il avoit lieu au Retrait dans le cas d'une succession de propres, vendue à un étranger?

Masuer, ancien Praticien François, au titre *des Retraits*, §. *Item si heres*, a été d'avis qu'il n'y avoit point de lieu au Retrait. *Quia hereditas complectitur mobilia, & credita, & quia res singulares non censentur esse venditæ. Ideò nec pro eis debetur evictio, nisi nominatim convenit, Lege 1, Cod. de evictionibus; cui adde ad confirmationem posterioris rationis quod adeò ea procedit, ut emptor hereditatis non possit singulas ipsius res usucapere pro emptore, ut notat glossa singularis in Lege 1, §. 1, in verbo universæ, Dig. de usucapionibus pro dicto, &c.*

Tiraqueau, dans son Traité du *Retrait lignager*, §. 1, glossa 6, numero 81, a été d'un avis contraire, & avec raison. De sorte que si toute la *succession* vendue consiste en *propres*, il n'y a nulle difficulté; & si elle consiste en meubles & en immeubles propres, il n'y a qu'à ventiler pour fixer le prix des propres. *Voyez* Brodeau sur M. Louet, lettre R, sommaire 25, & sur l'article 144 de la Coutume de Paris, nomb. 43; & le Grand sur l'article 144 de la Coutume de Troies, glose 3, n. 28, 29, part. 2, p. 223; & sur l'art. 157, n. 12, 13, 14.

On demande encore si un propre cédé à un étranger, à la charge d'être nourri, est sujet au *Retrait lignager?*

Cette question est décidée par l'article 39 de la Coutume de Vitry, qui porte, que *quand un homme ou femme donne son fief à aucun sien ami pour être nourri & gouverné par lui le reste de sa vie, le donataire en doit quint denier, & n'est le parent dudit donateur recevable à l'avoir par Retrait lignager; car celui qui ainsi le donne à charge d'être nourri elit l'industrie & prud'homie de la personne à qui il le donne, & ne voudroit être nourri par un autre;* ce qui est juste. *Voyez* les

articles 123 & 126 de la Coutume de Blois; du Molin sur la Coutume de Paris, §. 23, n. 81.

Il est loisible au parent lignager dudit vendeur du côté & ligne dont est venu & échu ledit héritage.] Selon les articles 326 & 329, comme pour être héritier d'un héritage propre il faut être parent du défunt de la succession dont il s'agit, du côté & de la ligne de celui qui a mis l'héritage dans la famille, il faut pareillement que celui qui veut retraire, prouve qu'il est parent du vendeur du côté & de la ligne de celui qui a mis l'héritage dans la famille. Mais au lieu qu'en succession le plus proche parent du défunt du côté & de la ligne de celui qui a mis l'héritage dans la famille, est préféré : en matiere de Retrait, c'est le plus diligent, suivant l'article 141.

Ou rente fonciere.] Il faut observer ici, que quand les Réformateurs n'ont point entendu parler en général des rentes, ils ont eu soin de s'expliquer; & c'est par cette raison qu'ils ont mis dans cet article, *rente fonciere.* Par ces mots, l'ancien droit est donc aboli, qui accordoit le Retrait pour les rentes constituées à prix d'argent, comme on en peut juger par les paroles suivantes du grand Coutumier, au titre du *Retrait lignager*, liv. 2, tit. 34, p. 241.

Si aucun vend aucune rente perpétuelle, en & sur ses héritages & possessions, combien qu'il ne vende mie lesdits héritages & possessions; toutefois telle vente & aliénation de rente, puisque l'héritage est chargé de ladite rente ainsi venduë à toûjours, & par exprès, il y chet Retrait, & le peut retraire, & avoir par cause de Retrait, l'un des lignagers & amis charnels dudit vendeur, du côté & ligne dont les héritages sont venus, &c. Des Mares, décision 209. Joignez l'article 159 de la Coutume de Montfort-l'Amauri. *Lucium, lib. 9, placitor. tit. 3,*

cap. 2 ; les Coutumes notoires, art. 16; & l'article 74 de l'ancienne Coutume de Sens.

Dedans l'an & jour que l'acheteur a été enſaiſiné... ou qu'il a été reçu en foi, &c.] L'an & le jour donné au lignager, pour exercer le Retrait, commence donc à courir du jour de *l'enſaiſinement*, lorſqu'il s'agit de *cenſive*, ou du jour de *l'inféodation* ou de la foi reçue, quand il eſt queſtion de fiefs, *& ſic dies termini computatur in termino.* Ce qui eſt très bien expliqué par l'article 153 de la Coutume de Touraine, en ces termes : *Et eſt à entendre l'an & jour, que ſi la poſſeſſion étoit priſe le premier jour du mois, l'adjournement doit être baillé le premier jour du mois, l'an révolu.* Dans cette Coutume-ci néanmoins un tel adjournement ſeroit nul, parce que l'aſſignation n'y doit pas écheoir hors de l'an & du jour, ſuivant l'article 130; mais ſi dans l'eſpece de l'article 153 de la Coutume de Touraine, l'échéance de l'aſſignation étoit *au premier jour du mois*, *l'an révolu*, tout ſeroit dans les regles. *Voyez* du Pont dans ſon Commentaire ſur la Coutume de Blois, art. 193, §. 1, pag. 274, tom. 2. *Alexandrum imolenſem ad Legem 1, in principio, ſi quis cautionibus ; Molineum in conſuet. antiq. Pariſienſes, art. 44 ; Gabrielium de arbitris concluſ. 2, t. 3, commun. opinion. p. 75.*

On demande ſi l'aſſignation en retrait, *perpétue* l'action. Et comme l'aſſignation n'eſt autre choſe que *l'exercice de l'action*, il s'enſuit qu'elle ne peut avoir un effet de plus longue durée que *l'action même.* De ſorte que s'il n'y a point de conteſtation en cauſe, il n'y a plus lieu au Retrait, après que l'année & le jour, à compter de la date de l'action intentée, ſont paſſés; & s'il y a conteſtation en cauſe, *l'inſtance* formée ne périt plus que par *trois ans*, ſuivant l'article 15

de l'Ordonnance de Rouſſillon. Voyez *Tournet* en cet endroit ; *Louet*, lettre I, ſommaire 2, nombre 5 ; *Brodeau* en ce même endroit, & ſur la Coutume de Paris, art. 126, n. 2 ; ſur l'article 113, n. 4 ; & ſur celui-ci, n. 13 ; & ſur l'article 130, n. 11, où il tient ſur le même principe que celui qui a été débouté du Retrait par Sentence, ne peut en interjetter appel après l'an & jour.

ARTICLE CXXX.

Quand l'année du Retrait lignager commence à courir.

Le tems de Retrait lignager ne court ſinon depuis l'infeodation, ou ſaiſine faits ou pris par l'acheteur, & doit l'adjournement être fait, & l'aſſignation échoir dans ledit an & jour de ladite inféodation ou ſaiſine.

Des Mares, déciſion 207 ; grand Coutumier, liv. 2, chap. 34, p. 226, 227. *Stil. Parlamenti*, *part. 7*, *cap. 83*. Voyez une exception à cette regle dans l'art. 157.

L'inféodation eſt la réception en foi par le Seigneur féodal, comme il ſe voit dans l'article précédent. L'an du Retrait lignager ne court que du jour de la réception en foi, ou du jour de la ſaiſine, parce que la ſaiſine & la réception en foi étoient autrefois des actes ſolemnels, qui rendoient publique la poſſeſſion des nouveaux acquéreurs. *Solebant olim inveſtituræ publicæ fieri vel apud acta in prætorio judicis, ſi Dominus ut plurimum habebat juriſdictionem contentioſam, vel in loco*

dominanti ubi præsentibus ministris, & testibus, in libro, vel Cartophilacio ad hoc destinato conscribebantur investituræ, & sic inerat quædam solemnis publicatio, ut etiam satis indicat disputatio Statuum super §. 183, in processu verbali : qua publicatione cessante non videbatur res in aliam manum translata. Molin. in Conf. Paris. §. 1, gloss. 1, n. 30. Voyez l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 25 & 27, au commencement, p. 170, 177.

Tant qu'il n'y a point de saisine ni d'inféodation; les lignagers ont juste cause d'ignorance, & les acquéreurs doivent être réputés à leur égard de mauvaise foi; & par conséquent les acquéreurs ne peuvent point en ce cas opposer la prescription aux lignagers, ainsi qu'il est décidé par l'article 240 de la Coutume de Péronne. *Voyez du Molin sur cet article.*

A l'égard des prescriptions de dix, vingt & trente années dont il est parlé dans les art. 113, 114, 118, elles ne commencent point à courir du jour des inféodations & des saisines, parce que le terme en est long, & que les propriétaires & les créanciers, qu'on présume vigilans, peuvent être moins surpris.

Depuis l'inféodation, ou saisine faits ou pris par l'acheteur.] La disposition de cet article n'a pas lieu dans le cas du Retrait de *demi-denier*, suivant l'article 155, qui porte, que *quand aucun héritage propre est acquis durant & constant le mariage de deux conjoints, dont l'un d'iceux est parent lignager du vendeur du côté dont l'héritage appartenoit audit vendeur, tel héritage ainsi vendu ne gît en Retrait durant & constant le mariage ;* mais après le trépas de l'un desdits conjoints, la moitié dudit héritage gît en Retrait, *allencontre de celuy qui n'est lignager, ou ses hoirs, s'ils ne sont lignagers dudit vendeur du costé & ligne dont ledit*

héritage appartenoit à icelui vendeur, dedans l'an & jour du trépas du premier mourant desdits conjoints, supposé qu'il y ait eu saisine ou inféodation prise *durant iceluy mariage*, *&c.*

Depuis l'Edit de 1703, article 26, l'année du Retrait féodal ou lignager ne court que du jour de *l'insinuation* si elle est postérieure aux formalités prescrites par cet article; & l'art. 132 de cet Edit est conçu en ces termes: *Voulons que le temps fixé par les Coutumes, pour le Retrait féodal ou lignager, ne puisse courir même après l'exhibition des contrats & autres titres de propriété à l'égard du Retrait lignager, que du jour de* l'insinuation ou enregistrement; *& que ceux des nouveaux possesseurs, qui n'auront fait enregistrer leurs titres dans le temps de six mois, soient tenus de payer aux Greffes des insinuations le triple dudit droit d'enregistrement, à quoi faire ils pourront être contraints à la diligence des Greffiers, par saisie des revenus desdits biens.*

Nos Auteurs demandent si *l'inféodation* & *l'ensaisinement* doivent être faits pardevant *Notaires?* Brodeau & quelques autres décident, contre toute raison, qu'il suffit qu'il soit sous signature privée; car, puisque suivant les articles 132 & 135, les acquisitions des franc aleux & des héritages faits par un Seigneur, dans son fief ou sa censive, doivent être *publiés* en Jugement, au plus prochain Siege royal, afin qu'ils soient publics, & que ceux qui les ont faits soient réputés comme *inféodés & ensaisinés*, c'est bien le moins que tous les ensaisinemens & les inféodations soient passés pardevant Notaires, afin qu'ils aient une date certaine. Joignez l'article 4 de la Coutume du Loudunois, au titre *des Retraits*; & celle de Touraine, article 159; *Cragius de Feudis*, libro 2, tit. 7, §. 6. *In Notario*

hæc tria considerandæ sunt: primum, ut in ipso saisinæ instrumento, rogatus sit ipse Notarius, & hoc exprimatur, quod usque adeo necessarium est ut sine eo saisina non sit. Quod ad ipsam saisinam attinet instrumentum illud est, & solemnitas extrinseca, quæ non presumitur nisi constet, & sine qua actus ipse non valet, nam has saisinas privatim fieri, majoribus nostris non placuit, sed in publico & presente aliquâ personâ publicâ, &c.

Si celui qui a acquis le propre a laissé passer *plus de vingt années* sans se faire *ensaisiner* ou *inféoder*, l'action en retrait auroit-elle lieu après un si long espace de temps? Les Commentateurs citent sur cet article un Arrêt du 21 Février 1622, qui a admis, après vingt-huit années, un lignager au Retrait. Mais comme, suivant les principes de notre Droit, la possession de *dix années*, quant au Retrait, équipolle à la *saisine*, & par conséquent à *l'inféodation*, le mieux seroit de dire qu'après l'an & le jour qui ont suivi la possession de *dix années*, il n'y a plus lieu au Retrait lignager. *Voyez* l'article 167 de la Coutume de Vermandois, avec le Commentaire de Buridan; le 265 de celle de Péronne; & Loisel dans ses Institutes, livre 5, tit. 4, regle 9.

Quand on dit que *l'an du Retrait* ne court que depuis *l'inféodation* ou *l'ensaisinement*, cela doit être entendu lorsque le contrat de vente & d'achat, qui a donné lieu à l'ensaisinement ou l'inféodation, est dans les formes, bon & valide. Car, par exemple, si un homme vend un bien qui m'est propre, avec promesse de me faire ratifier, l'an & jour, donnés pour le Retrait, ne courront pas, à compter de l'insinuation ou de l'ensaisinement de ce contrat qui est nul, mais du jour de l'ensaisinement ou de l'inféodation qui auront été faits de ce même contrat devenu

bon & valide par ma *ratification*, laquelle ne peut avoir d'effet rétroactif au préjudice de mes lignagers qui sont de tierces personnes. *Voyez* Banage sur l'article 452 de la Coutume de Normandie, pag. 286, col. 2, de l'édition de 1694; & de la Lande sur l'article 363, pag. 454, de l'édition de 1673.

Il y a un cas où l'an & jour, donnés pour le Retrait, ne peuvent ou ne doivent pas courir du jour de l'inféodation ou de l'ensaisinement; ce qui arrive lorsqu'il y a procès entre le vendeur & l'acquéreur touchant la validité du contrat de vente; car tant qu'il est incertain si le propre est aliéné ou mis hors de la famille, il est évident que les lignagers n'ont aucune action. *Voyez* de la Lande sur l'article 363 de la Coutume d'Orléans, page 255, colonne premiere; dans la Coutume d'Auvergne, tit. 23, art. 23, *en vendition de succession universelle retenue, n'a lieu;* ce qu'on ne suivroit pas dans cette Coutume. *Voyez* ce qu'on a dit à ce sujet sur l'article 129. Enfin, lorsque les contrats de vente sont frauduleux, & qu'on y a doublé ou triplé le prix faussement pour écarter les lignagers ou les Seigneurs, l'action en retrait dure pendant trente années; & l'année & le jour ne courent que du jour que la fausseté a été découverte. *Voyez* du Paneau sur l'art. 374 de la Coutume d'Anjou.

Et doit l'adjournement être fait & l'assignation échoir dans ledit an de ladite inféodation ou saisine.] Cette disposition est contre l'ancien Droit, & est particuliere au Retrait qui est odieux. *Voyez* l'article 140, & l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 34, pag. 226, lig. 24; & la note sur le 97.

*

ARTICLE CXXXI.

L'an du Retrait court contre le Mineur.

L'an du Retrait court tant contre le majeur que mineur, ſans eſpérance de reſtitution.

Cet article eſt pris des principes du Droit Romain, que les Réformateurs de la Coutume entendoient parfaitement, parce que c'étoit alors la mode de l'étudier.

Les actions ſont ou *perpétuelles* ou *temporelles*, c'eſt-à-dire, qu'elles durent toujours, ou qu'elles ne ſubſiſtent & qu'elles ne vivent, pour ainſi dire, que pendant un certain temps. *Vide tit. Inſtit. de perpetuis & temporalibus actionibus & Euſtatium de diverſis temporum preſcriptionibus.*

Mais comme il y auroit éternellement matiere à procès, ſi les *actions* que l'on nomme *perpétuelles* pouvoient toujours être intentées avec effet, on a introduit que l'on pourroit leur oppoſer des *exceptions* ou des *preſcriptions* de dix, de vingt, de trente ou de quarante années; & on a voulu en même temps que ces exceptions ne pourroient être oppoſées *aux mineurs*. De ſorte que c'eſt une maxime que les preſcriptions dorment ou ſont en ſuſpens à l'égard des mineurs.

Quant aux *actions temporelles*, dont la durée ou la vie, pour ainſi dire, ſont fixées par la Loi, on a établi, avec raiſon, qu'elles finiroient ou mourroient également, tant à l'égard des *mineurs* que des *majeurs*.

Par exemple, la faculté de demander la *poſſeſſion des biens* que le préteur donnoit, ne duroit *qu'un an*; & ainſi après l'année, ni les

majeurs,

majeurs, ni les *mineurs* n'y étoient plus admis. Tout cela est très bien expliqué par M. Cujas, dans son Commentaire sur la Loi 30. *D. de minoribus, lib. 3, quæst. Papiniani. Lex*, dit-il, *generaliter definit exceptionem temporis minoribus non nocere, ex quo efficitur, non cedere igitur tempora minoribus, nec necesse esse, ut ob ætatem petant restitutionem in integrum. Sed ita respondeamus fateor exceptionem temporalem minoribus non nocere, sed ea, quæ tempore ipso jure pereunt, etiam non oppositâ exceptione temporali, hæc pereunt minori & ita dicimus annum petendæ bonorum possessionis currere minori, qui fuit à Justiniano restitutus ad implendam voluntatem defuncti, §. 1, novell. 1, de heredibus. Item minori currere tempora interponendæ appellationis, si forte condemnatus sit, Leg. 7, §. ait prætor, §. item si Dig. H. T. Currere minori, etiam tempora præfinita finiendis litibus, tempora triennii ac nisi triennio peragat, ipso jure lite cadere. Leg. properandum, §. ultimo de judiciis. Sæpe nostri autores utuntur ea Lege & ex ea pleraque emendare volunt, sed quæcumque constitutiones emendant jus vetus, accipiendæ sunt strictè. Hæc igitur sic accipienda, quæ, cui ipso jure pereunt & minori pereunt.*

L'action donnée pour le Retrait, *ne dure qu'un an ;* & après l'an, elle est éteinte *ipso jure ;* ainsi elle périt tant pour le *mineur* que pour le *majeur ;* & comme dit cet article, *sans espérance de restitution à l'égard du mineur*, parce que le bénéfice de restitution ne peut pas faire revivre ce qui est mort, ou ce qui n'est plus. *Vide Mornacium ad Leg. Properandum, §. Actione, Cod. de judiciis ; & Lucium, lib. 9 ; Placitor. tit. 3 ; & Coquille, quæstion. 305.*

ARTICLE CXXXII.

Quand commence l'année du Retrait, ſi le propre vendu eſt tenu en Franc-aleu.

L'an du Retrait du propre heritage tenu en Franc-aleu, ne court que du jour que l'acquiſition a été publiée & inſinuée en jugement au plus prochain Siege Roïal.

L'héritage tenu en franc aleu ne releve d'aucun Seigneur; & de-là vient qu'on ne peut pas en prendre ſaiſine ni s'en faire inféoder, inveſtir ou recevoir en foi. *Voyez* la note ſur l'art. 130, à la fin; & l'Auteur du grand Coutumier, L. 2, chap. 33, p. 222; & l'art. 135.

Publiée & inſinuée en Jugement; au plus prochain Siege Royal.] Cette diſpoſition eſt priſe de l'article 57 de l'Ordonnance de Moulins, de 1566, environ quatorze années avant la réformation de cette Coutume.

L'article 57 de cette Ordonnance, porte que *doreſnavant toutes diſpoſitions entre-vifs ou de derniere volonté, contenant* ſubſtitution, *ſeront pour le regard d'icelles ſubſtitutions*, publiées *en Jugement à jour de plaidoirie, & enregiſtrées ès Greffes royaux plus prochains des lieux des demeurances de ceux qui auront fait leſdites ſubſtitutions.*

Comme cet article ne parloit pas des *fonds ſubſtitués, ni des lieux où ils étoient aſſis*, la Déclaration qui fut faite ſur cet article, au mois de Juillet de la même année, y pourvut en ces termes: *Ordonnons que les ſubſtitutions, après la* publication *d'icelles en Jugement, ſeront* enregiſ-

trées ès Greffes royaux *les plus prochains* des lieux où les choſes ſont aſſiſes, *& des demeurances de ceux qui auront fait leſdites ſubſtitutions.*

Ces déciſions ſont claires. Les *ſubſtitutions* doivent être publiées & enregiſtrées ; & la publication & l'enregiſtrement s'en doit faire *aux Greffes royaux les plus prochains des lieux où les choſes ſont aſſiſes, & où les perſonnes qui ont fait les ſubſtitutions ſont domiciliées.* Ce que cet article-ci a étendu aux *aliénations des franc-aleux.*

L'article 58 de l'Ordonnance de *Moulins* s'explique différemment au ſujet des *inſinuations des donations ;* elle ſtatue, ce qui eſt fort à remarquer, que *les donations ſeront inſinuées & enregiſtrées ès Greffesdes Sieges royaux* ORDINAIRES *de* L'ASSIETTE *des choſes données, & de la demeurance des Parties.*

Quand on confere ces articles, on voit que les inſinuations des donations doivent être faites *aux Greffes des Sieges royaux* ORDINAIRES *de* L'ASSIETTE *des choſes données, & du domicile des perſonnes qui ont diſpoſé.* Enſorte que s'il y avoit des Sieges royaux plus *proches*, & ſi les choſes données & les perſonnes qui avoient donné n'étoient pas dans leurs territoires, les inſinuations n'y pouvoient être faites. On voit d'un autre côté que les *publications* & les *enregiſtremens des ſubſtitutions* & des *aliénations des aleux*, doivent être faits *en la Juſtice royale* LA PLUS PROCHAINE *de l'aſſiette des choſes ſubſtituées ou des aleux vendus.* D'où il réſulte que ſi les perſonnes & les choſes étoient dans le territoire d'une Juſtice royale plus éloignée, ce n'étoit pas en ce Siege qu'il falloit faire la publication & l'enregiſtrement, mais au plus prochain, quoique les perſonnes & les choſes ne fuſſent pas dans ſon territoire.

C'eſt en vain qu'on feroit de telles *publications*

& de tels *enregiſtremens* dans des Juſtices royales, ſi les choſes & les perſonnes dont il s'agit n'y étoient connues.

Or les perſonnes & les choſes ſont ordinairement plus connues dans les *Juſtices royales voiſines*, que dans les Juſtices royales où elles reſſortiſſent, quand elles ſont éloignées.

Et par conſéquent ce n'eſt pas ſans raiſon que l'Ordonnance de Moulins, dans l'article 57, a ſtatué que *la publication & l'enregiſtrement des ſubſtitutions ſeroient faites* aux plus prochaines Juſtices royales, de l'aſſiette des *choſes* & du domicile des *perſonnes* qui auroient ſubſtitué; & qu'enſuite cet article-ci a ordonné la même choſe à l'égard *de l'aliénation des aleux.*

Quoique cela ſemble ainſi, il faut cependant convenir que dans l'uſage les *publications* & les *enregiſtremens* des *ſubſtitutions*, comme les *inſinuations* des *donations* faites par des perſonnes non nobles, ſe font aux *Juſtices immédiates*, *dans le reſſort deſquelles les choſes ſont aſſiſes*, *& dans lequel les perſonnes qui ont diſpoſé ont leur domicile.* Ce qui doit être pratiqué à l'égard des publications des *aliénations des franc-aleux. Voyez* Henris, tome premier, liv. 4, chap. 6, q. 50; d'Olive, liv. 4, chap. 2; la Peyrere, nomb. 26, & la note ſur l'article 30, à la fin.

ARTICLE CXXXIII.

L'héritage acquis d'un parent du côté & ligne, eſt propre à l'Acquereur, quant au Retrait.

Si aucune perſonne acquiert un heritage propre de ſon parent du côté &

ligne dont il eſt parent, & il vend ledit heritage, tel heritage chet en retrait; auquel cas peut auſſi retraire le premier vendeur, comme ne l'aïant au precedent mis hors la ligne.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 24, pag. 237, ligne 8; & Corbin 3, des *droits de Patronage*, tom. 2, p. 670; & l'art. 139.

Si aucune perſonne acquiert un héritage propre de ſon parent du côté & ligne dont il eſt parent, &c.] Coquille à la fin de ſon Commentaire ſur l'article 28 de la Coutume du Nivernois, au titre *des gens mariés*, dit qu'il eſt à noter qu'en cet article *ſont mis*, ad paria, *retraire par lignage & acheter du lignager*; ce qui eſt très-vrai. Il en eſt de même dans celui-ci où la perſonne qui acquiert l'héritage doit autant être entendue du retrayant que du lignager qui achete immédiatement d'un autre lignager. Car quoique tout lignager qui achete d'un autre lignager, ne ſoit pas retrayant, cependant tout parent qui retrait étant ſubrogé au droit de l'étranger qu'il évince, eſt un lignager acquéreur qui achete d'un autre lignager. Nos Praticiens qui n'examinent rien attentivement, ont entendu cet article d'un lignager ſeulement qui achetoit volontairement un propre d'un autre lignager & d'une ſeule & unique acquiſition dont il eſt parlé dans cet article & le 39, dont ils ont fait deux acquiſitions différentes; ils ont dit, contre toute raiſon, que l'héritage *retrait* étoit *un propre de ſucceſſion*, & l'héritage acquis par *contrat volontaire*, un *propre de retrait*; & ils ſont tellement prévenus qu'il n'eſt pas poſſible de leur faire entendre raiſon ſur ce ſujet.

Le Retrait lignager, pour le dire encore plus nettement, n'eſt autre choſe que l'acquiſition d'un héritage propre faite d'un lignager par un lignager ; car quoique tout lignager qui acquiert d'un lignager ne ſoit pas retrayant, cependant il eſt très-conſtant que tout lignager qui retrait un propre, acquiert d'un autre lignager, comme ſubrogé & étant aux droits de l'étranger qui a acquis ; & il n'y a de différence entre ces deux cas, ſinon que dans le premier, c'eſt-à-dire dans le cas de vente volontaire le lignager acquiert *immediatement* & *directement* du lignager ; au lieu que par la voie du Retrait il n'acquiert qu'obliquement & indirectement par le miniſtere de l'étranger.

Tout homme peut acquérir par lui-même ou par le moyen d'un autre qui lui paſſe à l'inſtant déclaration.

Que l'on ſuppoſe pour un moment qu'un tiers acquiert pour moi, d'un de mes parens lignagers, un héritage propre, & qu'à l'inſtant il m'en paſſe ſa déclaration ; dira-t-on parce que j'ai acquis cet héritage par le moyen de ce tiers qui m'en a paſſé déclaration, que cet héritage me ſera *propre de ſucceſſion ſeulement*, *& non de Retrait ;* & que ſi je l'avois acquis directement en traitant avec le le lignager vendeur, il me ſeroit propre de *Retrait* ſeulement & non de *ſucceſſion ?* Il ne faut que la ſimple raiſon pour ſentir que cette diſtinction ſeroit ridicule, parce que dans un cas comme dans l'autre, je ſuis toujours également l'acquéreur du propre.

C'eſt donc auſſi mal, que ſelon nos Praticiens dans le cas de l'article 133 ; l'héritage acquis directement d'un lignager par un lignager, n'eſt un propre que de *Retrait* & non de *ſucceſſion*, & que dans le cas de l'article l'héritage acquis *indi-*

rectement du lignager par le lignager, n'eſt un propre que de *ſucceſſion* ſeulement & non de Retrait, puiſque dans l'un & l'autre de ces cas, ce n'eſt qu'une ſeule & même acquiſition, toujours faite d'un lignager par un lignager.

En un mot, dans le cas de l'article 133, l'héritage acquis d'un lignager par un lignager, eſt un propre de *Retrait*.

Par l'article 139, l'héritage acquis d'un lignager par un lignager, eſt un propre de *ſucceſſion*.

Et par conſéquent, il eſt vrai de dire que tout héritage acquis d'un lignager par un lignager, à quelque titre que ce ſoit, directement, ou indirectement, eſt également propre de Retrait & de ſucceſſion. *Voyez* ce qu'on obſerve ſur l'art. 139.

Tel heritage chet en Retrait.] Et de-là nos Praticiens concluent que cet héritage n'eſt propre *que de Retrait*, & qu'il n'eſt pas propre *de ſucceſſion ;* & en cela on leur reproche avec raiſon qu'ils raiſonnent mal ; parce qu'il ne s'enſuit nullement qu'un héritage ne ſoit pas propre *de ſucceſſion* parce qu'il chet *en Retrait*, & qu'il s'enſuit au contraire qu'étant propre de Retrait il eſt auſſi propre de ſucceſſion ; car de ce que cet article décide formellement qu'*un héritage acquis d'un lignager par un autre lignager, chet en Retrait, & peut être retrait par le premier vendeur, comme n'ayant été au précédent mis hors la ligne*, il faut en conclure qu'un tel héritage déclaré propre parce qu'il eſt toujours reſté dans la ligne, & déclaré comme propre ſujet à Retrait, eſt un propre en tous cas, & par conſéquent *propre de ſucceſſion*.

Tout héritage n'eſt propre de ſucceſſion, que parce qu'il chet en Retrait ; car en vain cet héritage ſeroit-il déféré, à titre de ſucceſſion, aux

héritiers des acquêts, puisqu'il seroit au pouvoir de l'héritier des propres de le leur ôter par la voie du Retrait; & par conséquent, quand les Réformateurs ont marqué qu'il tomboit en Retrait, ils ont cru que cela suffisoit & qu'il n'y auroit personne assez déraisonnable pour former la question ridicule de savoir s'il seroit propre de succession.

Si les Réformateurs qui étoient de bons Jurisconsultes avoient ainsi conçu cet article : *Tel heritage ne chet seulement qu'en Retrait, & pourra être retrait par le premier vendeur, comme n'ayant été au précédent mis hors de la ligne mais en succession, & appartiendra au plus proche parent comme acquêt.* Pour lors il n'y auroit pas de difficulté, parce que la Loi seroit claire; mais comme ils n'ont rien dit de cela, il y a certainement de l'absurdité de les faire penser autrement qu'ils n'ont fait, & de leur attribuer une Jurisprudence aussi ridicule que celle des propres *de Retrait qui ne sont pas propres de succession*, & des propres *de succession qui ne sont pas propres de Retrait.*

ARTICLE CXXXIV.

En Retrait lignager les fruits sont dûs du jour de l'adjournement.

En matiere de Retrait lignager, sont dûs les fruits du jour de l'adjournement & offre de bource, deniers, loïaux-coûts, & à parfaire.

Et offre de bource, &c.] Cette offre doit être faite par l'ajournement, selon l'article 140, & parce que les deniers sont présumés comptans du

jour qu'ils ont été offerts, & qu'il a été au pouvoir de la Partie ajournée de les accepter; de-là vient que les fruits sont dus du jour de l'ajournement, pourvu que l'ajournement soit fait, & que l'assignation en échoie dans l'an & jour de l'inféodation ou de la saisine, aux termes de l'article 130. *Voyez* Coquille, q. 304; des Mares, décision 214.

ARTICLE CXXXV.

Le Seigneur qui acquiert en son Fief ou sa Censive, est reputé infeodé ou ensaisiné du jour de la publication de son acquisition.

Le Seigneur qui acquiert l'heritage tenu de lui en Fief ou Censive, est reputé être infeodé ou ensaisiné du jour de son acquisition publiée en jugement au plus prochain Siege Roïal.

La raison est qu'il ne peut pas se recevoir lui-même en foi, ni prendre de lui-même la saisine. *Voyez l'article 132.*

ARTICLE CXXXVI.

Le Retraïant à qui l'heritage a été adjugé par Retrait, est tenu dans les vingt-quatre heures après l'adjudication d'en rendre le prix ou le consigner.

Le Retraïant auquel l'héritage est adjugé par Retrait, est tenu de païer

& rembourcer l'acheteur, des deniers qu'il a païez au vendeur pour l'achat dudit heritage, ou consigner les deniers au refus dudit acheteur, icelui dûëment appellé à voir faire ladite consignation, & ce dedans vingt-quatre heures après ledit Retrait adjugé par Sentence, & que l'Acheteur aura mis ses lettres au Greffe, Partie présente ou appellée, & outre qu'il aura affirmé le prix, s'il en est requis, & s'il ne le fait le tems passé, tel retraïant est déchu dudit Retrait.

Cet article & le 140, qui ne sont pas dans un ordre bien exact, ont été tirés des Décisions de Jean des Mares, articles 82 & 208, qui sont en ces termes :

Quand on fait ajourner en retrait lignager, l'acheteur doit, au jour assigné, présenter en Jugement, le retrayant, mailles & deniers à l'acheteur, avec les loyaux-coûts & dépens ou mises, & aussi à toutes les journées qui ensuivront en icelle cause. Et se il n'a prestement toute la somme en Jugement, que l'héritage a esté vendu, il aura & doit avoir le délay de la parfaire, dedans soleil couchant d'icelle journée, & non plus, ne il n'en doit plus demander. Et se il ne parfait ladite somme dedans ladite heure, icelui retrayant décherra de sa cause de Retrait, par ladite Coutume, & qui faudroit à faire lesdites offres à l'une des journées, l'on perdroit sa cause sans aucun remede.

Le jour que le Retrait est adjugié, il convient de satisfaire à l'acheteur, car se le jour passoit, il déchoiroit de son Retrait.

Le retrayant auquel l'héritage eſt adjugé par Retrait, eſt tenu de payer & rembourſer l'acheteur des deniers qu'il a payez au vendeur, pour l'achat dudit heritage, ou conſigner les deniers, au refus dudit acheteur.] Tant que *l'acquéreur* de l'héritage propre, aſſigné en Retrait ſe défend, & tant que le procès ſur le Retrait dure, il eſt *propriétaire*; & par conſéquent ſi l'héritage ou la maiſon périſſent par cas fortuit, c'eſt ſur lui que la perte tombe, & non ſur le parent lignager, demandeur en Retrait, qui en eſt quitte en ſe déſiſtant de l'action qu'il a intentée.

Mais quand *l'acquéreur* aſſigné en Retrait y a acquieſcé, ou lorſque le Retrait a été adjugé contradictoirement, *au parent lignager demandeur*, la perte tombe ſur lui, ſans qu'il ſoit en ſon pouvoir de l'éviter en ſe déſiſtant, parce que la conteſtation eſt finie par l'acquieſcement & par la Sentence contradictoire qui a adjugé le Retrait.

On a demandé ſi avant le *Retrait adjugé*, & pendant le procès, le demandeur *pouvoit conſigner*; & il n'y a qu'à lire cet article attentivement, pour voir qu'il ne le peut pas, puiſque cet article n'ordonne la *conſignation*, qu'après le *Retrait adjugé*.

La *conſignation* eſt une eſpece de *paiement*. Et comme on ne peut payer que ce qui eſt dû, ni qu'à celui à qui l'on doit, on ne peut auſſi *conſigner* qu'au refus que le créancier fait ſans raiſon, de recevoir ce qu'on eſt en droit de lui offrir.

Tant que *celui* qui eſt aſſigné en Retrait ſe défend, & qu'il eſpere ſe maintenir dans la poſſeſſion du fond qu'il a acquis, il n'eſt point *créancier*, & le *demandeur* en Retrait n'eſt point *débiteur*.

Et par conſéquent le *demandeur en Retrait* n'eſt

pas en droit de *consigner ;* & s'il le fait sa consignation est *nulle.*

Que l'on suppose néanmoins qu'elle ait été faite malgré *l'acquéreur*, & que les *monnoies*, pendant la *consignation*, & *avant le Retrait adjugé*, aient augmenté de valeur, qui profitera de cette augmentation, ou du *lignager* qui retrait, ou de *l'acquéreur ?*

Et comme l'acquéreur, qui n'a point voulu acquiescer au Retrait, n'est point créancier ainsi qu'on l'a dit, il est évident qu'il ne pourra profiter de cette augmentation ; ainsi elle sera toute entiere pour le lignager, puisque la somme *consignée* n'a pas cessé un seul moment d'être à lui.

Et comme dans ce cas le profit est constamment pour lui seul, il s'ensuit que s'il survient quelque décri, c'est lui seul qui en doit porter la perte, sans pouvoir demander des dommages & intérêts de ce chef à l'acquéreur, qui n'est point obligé de se désister d'un procès qu'il croit bon & qu'il peut gagner, pour empêcher que son adversaire ne fasse quelque perte sur son argent.

Voyez du Molin dans son Traité latin *des Usures, quæstion. 98, n. 740.*

Dans cette Coutume, le *retrayant* n'est obligé d'avoir tout son prix complet & entier, que *quand le Retrait lui est adjugé.* Et s'il l'a ramassé auparavant, & qu'il y ait de la perte, c'est sa faute de n'avoir pas mieux pris ses mesures en intentant une action si périlleuse. *Vide Reinkinkgium de retractu, q. 8 ; Tiraquellum de retractu, §. 15, Gloss. 2, & q. 1, n. 76 ; Ferron. in Conf. Burdigal. tit. de retractu ;* Grimaudel *des Retraits*, liv. 4, chap. 27 ; *Mornacium ad Leg. domum 57, Dig. de contrahenda emptione, & ad Leg. dudum 14, in fine, Cod. eodem ;* Brodeau sur cet article, &c. sur M. Loüet, lettre R, sommaire 35.

ARTICLE CXXXVII.

L'héritage baillé à rente rachetable, eſt ſujet à Retrait.

L'heritage baillé à rente rachetable, eſt ſujet à Retrait dedans l'an & jour de la ſaiſine ou infeodation, en rembourçant celui à qui la rente eſt dûë, ou conſignant en ſon refus, dedans les vingt-quatre heures, le ſort principal de la rente & arrérages échus depuis le jour de l'adjournement, après que l'Acquereur aura mis ſes Lettres au Greffe, & affirmé le prix comme deſſus eſt dit; & à faute de ce faire, le Retraïant eſt déchu du Retrait.

L'héritage baillé à rente rachetable eſt ſujet à Retrait] Parce que le bail à rente rachetable, eſt une vente dont la rente eſt le prix. *Voyez* les articles 23, 78, 83, & ce qu'on y a obſervé. Mais ſi le bail étoit à rente non rachetable, il n'y auroit point de Retrait, quoique l'héritage ſoit aliéné, parce qu'il n'y a point dans ce cas de vente ni de prix. Si le preneur paie une partie de l'héritage, & ſe charge, pour le ſurplus, d'une rente fonciere, il faudra vraiſemblablement ſuivre la diſpoſition de l'article 145; & ſi la rente lui eſt enſuite délaiſſée par rachat dans l'année, tout l'héritage pourra être retrait par la raiſon de l'article 87. Joignez la note ſur l'article 83.

Mais s'il eſt ſtipulé que la rente ne pourra être rachetée qu'après le décès du vendeur, on

demande si le vendeur pourra empêcher le Retrait en refusant son rembourſement & ne voulant pas prendre le retrayant pour homme, parce qu'il prétend qu'il n'eſt pas ſolvable; & il faut dire que le vendeur ſera tenu de recevoir ſon rembourſement ou de prendre le retrayant pour créancier, par les raiſons rapportées par du Molin, ſur le §. 23 de l'ancienne Coutume, n. 64.

Dedans l'an & jour de la ſaiſine & inféodation.] Voyez l'article 130, avec la note, & joignez l'article 135, & la note ſur le 97.

En rembourſant celui à qui la rente eſt due, &c.] Quand le Retrait eſt adjugé au lignager, le contrat de vente fait à l'étranger, qui avoit acquis le propre, n'eſt pas réſolu, mais il eſt *transféré* au retrayant aux mêmes conditions; enſorte que les choſes doivent être conſidérées comme ſi le retrayant avoit directement acquis le propre, du parent lignager qui l'avoit mis hors de la famille par la vente qu'il en avoit faite à l'étranger; ce qui a très-bien été remarqué par M. Charles *du Molin*, dans ſon Commentaire ſur la Coutume de Paris, §. 13, Gloſe 1, nomb. 78. *Et proprie iſte retractus*, dit cet Auteur, *non eſt nova, vel ſecunda emptio, ſed eſt tranſlatio emptionis per emptorem factæ.* Voyez *Reinkinkgium de retractu, quæſtione 5, num. 24, 25.* D'où il réſulte qu'après le Retrait adjugé, *l'acquéreur* eſt autant libéré envers le vendeur ou les créanciers que le vendeur a délégués, que ſi le propre vendu & acquis avoit été *évincé*. Ce qui eſt très-bien remarqué par Brodeau ſur cet article, nomb. 4, qui y rapporte un Arrêt du 4 Février 1636, prononcé par M. le premier Préſident le Jay, qui l'a ainſi jugé.

Si donc l'étranger qui a acquis le propre n'a rien payé du prix, ſoit parce qu'il l'a acquis à

rente rachetable, ou la charge d'acquitter le vendeur envers ses créanciers qu'il a délégués & qui n'ont pas été payés, il n'y a rien à lui rendre, puisqu'il n'a rien déboursé; mais le remboursement de la rente doit être fait au vendeur avec les arrérages échus depuis l'ajournement, dans les vingt-quatre heures, à compter du temps que l'acquéreur aura mis la grosse de son contrat au Greffe, & qu'il en aura affirmé le *prix véritable*. Voyez Louet, lettre L, n. 15, & du Molin sur l'ancienne Coutume, §. 23, Glos. 2, n. 76.

Il en doit être de même à l'égard des créanciers délégués par le vendeur, pourvu qu'ils soient tous présens; car si les créanciers ou le vendeur sont absens ou domiciliés dans une Province éloignée, l'usage est que le Juge peut proroger le temps, comme le marque très-bien Riccard sur l'article 136, qui en rapporte deux Arrêts, l'un du 21 Mars 1612, & l'autre du 15 Février 1644. *Voyez* le Journal des Audiences, tom. 1, liv. 3, chap. 21.

Si le parent à qui le Retrait a été adjugé vouloit continuer la rente, il n'y seroit pas reçu, quand même il offriroit de donner caution, parce que le vendeur ne peut être forcé à le prendre pour bon & solvable. Et quand le vendeur auroit donné du temps à l'acquéreur pour lui payer le prix, comme *une* ou deux années, le retrayant ne pourroit profiter de cette grace, & n'en seroit pas moins obligé de payer ou de consigner tout le prix dans les vingt-quatre heures, suivant cet article. La Coutume de Vitry, dans l'article 126, a néanmoins une disposition contraire.

Mais si le vendeur a stipulé, en sa faveur, que le *prix* ne pourroit lui être *payé*, ou que la

rente ne pourroit lui être *remboursée* qu'après un certain temps, il y auroit de l'injustice que sa condition fût rendue plus mauvaise par le Retrait, & qu'il fût au pouvoir du *retrayant* de faire plus que l'acquéreur, en consignant. De sorte qu'en ce cas le retrayant à qui le contrat de vente a été transmis, doit l'exécuter.

Il y a un cas où le prix doit être payé à l'acquéreur, quoiqu'il n'en ait rien déboursé, c'est lorsque le vendeur, après le contrat de vente passé, lui en a fait don. Ce qui est expliqué par du Molin sur l'ancienne Coutume de Paris, §. 13, Glose 5, n. 55.

Touchant les questions de savoir si les conventions faites après le contrat de vente, peuvent préjudicier au retrayant, voyez Rinkingk *de retractu*, q. 5, nomb. 26, 27, &c. *Curtium*, *tom. 1*, *libro 2*, *conjectural. cap. 14 & tomo 2*, *libro 1*, *cap. 15.*

En consignant le sort principal de la rente & arrérages échus depuis l'ajournement.] Le bail à rente rachetable est une vente; par cette raison les droits seigneuriaux en sont deux, selon l'art. 78. Et de-là vient, comme on l'a dit, que, suivant cet article-ci, *l'héritage* ainsi baillé est sujet à *Retrait.*

Tant que celui qui a ainsi acquis l'héritage à rente, n'est pas ajourné en Retrait, il en fait les fruits siens, & par conséquent il doit payer les arrérages de la rente.

Mais comme, suivant l'article 134, le demandeur en Retrait fait les fruits siens du jour de l'ajournement, il doit aussi les arrérages, à compter de ce jour, ou à l'acquéreur s'il a eu soin de les payer, ou au vendeur s'ils lui sont dus. *Voyez l'article 138.*

Cette consignation se fait en vertu du présent

article qui l'ordonne ; & il faut que l'acheteur ou le créancier de la rente soient duement appellés pour le voir faire dans les vingt-quatre heures ; ce qui doit être suppléé dans cet article par le précédent, qui l'ordonne ainsi.

Après que l'acquéreur aura mis ses lettres au Greffe, & affirmé le prix véritable.] C'est par-là que le retrayant commence à connoître le véritable prix de la vente, à qui il le doit payer, s'il est dû quelque rente, & à qui il en faut faire le rembourſement. Jusque-là il est présumé tout ignorer ; & de-là vient que par l'article 140 les offres, avant contestation en cause, ne doivent être faites qu'au seul acquéreur.

Il faut bien se souvenir que le *vendeur* & l'*acquéreur* ne peuvent faire aucune convention au préjudice du retrayant. Et si l'acquéreur ayant pris le fonds à rente, à condition qu'elle ne sera rachetable que dans un certain temps, le *vendeur* ne veut point du retrayant pour son débiteur, sur le fondement qu'il n'est pas si solvable que *l'acquéreur*, le Retrait n'en aura pas moins son effet, comme l'observe du Molin sur l'ancienne Coutume de Paris, §. 23, n. 64.

Nec obstat, si forte venditor *ipse retractui intercedat & causetur retrahentem non esse æque idoneum ad sustinendum, solvendum, & continuandum reditum. Quia respondeo primo, quod res ipsa videlicet feudum super quo reditus est assignatus, semper est idonea, imò plus quam idonea ad sufferendum dictum* reditum. *Putet quia multo plus valet, & plus affert fructuum, quam ascendat dictus reditus annuus alioquin* venditor *qui ultra* reditum percepit mille *plus duplo ultra justum pretium vendidisset feudum & decepisset emptorem... Cum autem res immobilis sit valde idonea, non potest retrahens non esse idoneus, quamdiu illam possidebit.* Imo

ſicut venditor, *non poteſt impedire*, quin emptor vendat illud *feudum cuicumque ad onus dicti reditus*, *multo minus poteſt impedire quin illud dimittat per retractum*, *&c.*

Touchant les Secrétaires du Roi, voyez Louet, lettre S, ſommaire 22; & M. le Prêtre dans ſon Recueil d'Arrêts de la cinquieme Chambre des Enquêtes, ſous la date du 10 Août 1626, p. 49.

On propoſe deux queſtions en interprétation de cet article.

La *premiere* eſt de ſavoir s'il y a lieu au Retrait lignager lorſqu'une maiſon ſituée dans une ville, a été baillée à rente fonciere qui eſt toujours rachetable, ſuivant l'article 121 & le 122 dont la déciſion a été, dit-on, étendue à toutes nos Coutumes. *Voyez ſur l'article 121, ci-après.*

Pallu, dans ſon Commentaire ſur l'art. 175 de la Coutume de Touraine, page 250, dit que cette queſtion s'étant préſentée au Préſidial de Tours, il fut jugé, par Sentence du dernier Avril 1613, que le Retrait n'avoit pas lieu en ce cas, & que celui qui avoit été débouté du Retrait, en ayant interjetté appel, il prit le parti d'acquieſcer.

Mais comme ſuivant cet article, le 121 & 122, *tout bail à rente rachetable eſt une vente*, on ne voit pas pourquoi on exceptera de cette regle les rentes conſtituées ſur les maiſons des villes, puiſque par l'Ordonnance du Roi Henri II, de l'année 1513, elles peuvent, dit-on, toutes être rachetées. Et il a été ainſi jugé par Arrêt, rapporté dans le *Journal des Audiences*, tome 2, ſous l'an 1658, livre 1, chap. 49, p. 91.

On demande, *en ſecond lieu*, ſi l'héritage baillé *à rente à vie*, eſt ſujet à Retrait? Selon quelques-unes de nos Coutumes, un tel bail eſt ſi peu regardé comme une *vente*, qu'il n'en eſt pas dû

de droits Seigneuriaux. Telle est la disposition des articles 122 & 123 de la Coutume de Blois.

Selon l'article 39 de celle de *Vitry*, *quand un homme ou une femme donne son fief à aucun son amy pour estre nourry & gouverné par luy le reste de sa vie, le donataire en doit le quint denier, & n'est le parent du donateur recevable à l'avoir par Retrait lignager; car celuy qui le donne, à charge d'estre nourry, se fie à l'industrie & prudhomie de la personne à qui il donne, & ne voudroit estre nourry par autre.*

Cette décision de la Coutume de Vitry est bonne dans le cas qu'elle propose, parce qu'une personne qui veut bien demeurer chez un ami pour y être nourri le reste de ses jours, ne doit pas être forcée de consentir que son bien passe à un tiers pour y aller demeurer malgré elle pour y être nourri, & où peut-être elle seroit mal. Mais si la pension ou la rente viagere & alimentaire devoit être payée en argent, le motif de l'article cessant, il semble que, comme un bail à rente à vie, l'héritage est sujet au quint, il devroit être aussi sujet au Retrait; mais le mieux est de dire le contraire. *Voyez* le procès-verbal de la Coutume de Blois sur les articles de cette Coutume cités ci-dessus; le Journal du Palais, tom. 2, liv. 1, chap. 9, p. 13; la Coutume de Touraine, art 166, 167; celle du Loudunois, au titre *des Retraits*, art. 10 & 11; & celle d'Anjou, art. 352, 353, 354.

ARTICLE CXXXVIII.

L'Acheteur peut mettre en loïaux-coûts les arrerages échus avant l'adjournement en rendant les fruits qu'il a perçûs.

Et quant aux arrerages échus dedans l'an precedent l'adjournement, l'acheteur les peut mettre en loïaux couts, en rendant par lui les fruits qu'il auroit perçûs dedans ledit an.

Dedans l'an précédent l'adjournement.] Ce qui peut arriver quand l'acheteur a laiſſé paſſer du temps ſans prendre ſaiſine ou ſe faire recevoir en foi. Ainſi le retrayant ne doit offrir que les arrérages échus depuis l'ajournement, comme il eſt dit dans l'article précédent. *Voyez Coquille, q. 304.*

En rendant par lui les fruits.] Et s'il les veut retenir, il paiera les arrérages. *Voyez l'art. 103.*

ARTICLE CXXXIX.

L'heritage retiré par Retrait lignager eſt propre à celui qui l'a retiré.

L'heritage retiré par Retrait lignager, eſt tellement affecté à la famille, que ſi le Retraïant meurt délaiſſant un heritier des acquêts, & un héritier des propres, tel heritage doit appartenir à l'he-

ritier des propres de la ligne dont eſt venu & iſſu ledit héritage, & non à l'heritier des acquêts; en rendant toutefois dans l'an & jour du decez, aux heritiers deſdits acquêts, le prix dudit heritage.

Voyez l'article 133, avec la note, & Corbin dans ſon *Traité du Droit de Patronage*, tome 2, p. 670; *Curtium, libro 3, conjecturalium, cap. 4, tom. 2.*

L'heritage retiré par Retrait lignager, &c.] L'article 28 de la Coutume du Nivernois, au titre *des Droits appartenans à gens mariés*, peut ſervir à l'intelligence de cet article & du 133, en voici les termes :

Si le mari pendant le mariage retrait par proximité de lignage *un héritage ou rente ancienne, vendue* par aucuns de ſes parens, *la veuve, après le trépas, ſera rembourſée de la moitié des deniers débourſés par ledit mary pour le Retrait. Et juſques-à ce que ledit rembourſement ſoit fait, elle tiendra la moitié dudit héritage ou rente retraits; & en fera les fruits ſiens ſans être tenue de les compter, juſques-à ce qu'elle ſoit rembourſée comme dit eſt; & ſera le ſemblable, ſi les héritages procédant du côté de la femme ſont vendus & retraits conſtant le mariage. Auſſi a lieu ce que dit eſt, quand l'héritage de l'eſtoc d'un des mariez a eſté* ACQUIS *par leſdits mariez ou l'un d'eux pendant le mariage.*

Coquille, l'un des plus judicieux de nos Auteurs, a cru que cet article méritoit une obſervation particuliere; & par cette raiſon il a mis pour note à la fin de cet article : *Et ſoit remarqué qu'en cet article ſont mis* ad paria RETRAIRE PAR LIGNAGE & ACHETER DU LIGNAGER. Ce qui

eſt très-véritable; car quoiqu'un lignager puiſſe, *ſans retraire*, acquérir un propre de ſon lignager, il eſt cependant très-conſtant que tout parent à qui le Retrait eſt adjugé, eſt un lignager qui acquiert d'un autre lignager, parce qu'il eſt en tout ſubrogé aux droits de l'étranger acquéreur qu'il a évincé. D'où il réſulte que ceux qui font diſtinction entre *l'héritage retrait* dont il eſt parlé dans cet article, & *l'héritage acquis d'un lignager* par un autre lignager dont il eſt parlé dans l'article 133, & qui en font deux acquiſitions différentes, pour en faire de différens propres, ſont dans une erreur manifeſte.

Il y eut, il y a quelque temps, un grand procès en interprétation de cet article & du 133 pour ſavoir ſi des terres propres que le ſieur Claude de Briou, Préſident en la Cour des Aides, avoit vendues au ſieur de Cottentin ſon petit-fils, avoient conſervé leur nature de propre en la perſonne du petit-fils acquéreur, ou ſi elles étoient devenues des *acquêts*.

J'ai traité cette queſtion dans toute ſon étendue, & je crois avoir démontré qu'un héritage venu d'un lignager à un autre lignager, à quelque titre que ce ſoit, achat, donation, échange ou autrement, forme toujours un propre dans ſa ſucceſſion, & que mal-à-propos on a voulu dénaturer l'eſprit de la Coutume, en ne regardant pas comme propre de ſucceſſion un propre de Retrait, n'y ayant de différence que celle de la remiſe du prix portée par cet article. On trouvera à la fin de ce titre le Mémoire que j'ai fait pour le ſieur Ourſin.

Doit appartenir à l'héritier des propres du côté & de la ligne dont il eſt advenu & iſſu, & non à l'héritier des acquêts.] Selon l'imagination de nos Praticiens, l'héritage acquis d'un lignager par

un autre lignager, *n'eſt propre que de Retrait* ſeulement & non de *ſucceſſion ;* & par la même raiſon, ils ont été forcés de dire que ſelon cet article l'héritage retiré eſt propre de ſucceſſion ſeulement, & qu'il n'eſt pas un propre de Retrait. Mais on leur reprochera encore qu'ils raiſonnent mal, parce qu'il ne s'enſuit pas qu'un héritage ne ſoit pas propre de Retrait, parce qu'il eſt propre de ſucceſſion, & qu'il s'enſuit au contraire qu'il eſt déclaré ticitement propre de Retrait étant déclaré propre de ſucceſſion.

On leur oppoſera encore qu'un héritage aliéné, qui eſt remis dans une famille *par le moyen du Retrait lignager*, n'eſt ni plus propre, ni plus attaché au ſang que tout autre propre déclaré *retrayable* par la Coutume. Et puiſque le *propre retrait* eſt par cet article déclaré *propre de ſucceſſion*, il s'enſuit, par une conſéquence néceſſaire, que tout héritage déclaré retrayable par la Coutume, eſt *propre de ſucceſſion*, parce qu'être *propre de ſucceſſion*, comme on l'a tant dit, eſt moins que d'être *propre de Retrait*. Il eſt étonnant que l'on ait à combattre de telles erreurs, & qu'il ſe trouve des perſonnes pour les défendre avec tant d'opiniâtreté, ſans oppoſer aucune raiſon.

En rendant toutefois dans l'an & jour du décez, aux héritiers des acquêts.] Voilà ce qui a été introduit de nouveau à la réformation de notre Coutume. MM. Loiſel nous apprennent dans leurs notes manuſcrites ſur la Coutume de Paris, que cette diſpoſition n'eſt pas raiſonnable, & qu'elle ne fut pas accordée par les Etats à la réformation : cependant elle a été miſe dans l'art. 383 de la Coutume d'Orléans, réformée depuis celle de Paris ; mais dans la Coutume de Calais & dans toutes les autres on n'a pas voulu l'admettre. *Voyez* entre

autres l'article 483 de la Coutume de Normandie, qui, en ce point, ont mieux entendu notre Droit François que nos Praticiens. Auſſi les plus habiles Juriſconſultes s'y oppoſerent parce que dans l'ancienne Coutume cette *récompenſe* hétéroclite n'avoit jamais été admiſe. Mais comme la Loi eſt écrite, quoiqu'elle ſoit contre les principes, il faut tenir pour conſtant que comme l'héritage retrait n'eſt donné à l'héritier des propres qu'en en rendant, dans l'an du décès de l'acquéreur, le prix débourſé à l'héritier des acquêts; il en doit être de même de l'héritage acquis d'un lignager par un autre lignager dans l'eſpece de l'article 133, enſorte que cet héritage, comme celui qui a été retrait, appartient à l'héritier des propres, en rendant dans l'an, à l'héritier des acquêts, le prix que l'acquéreur défunt en a payé.

Le prix dudit héritage.] Pourvu que le retrayant décédé l'ait payé; mais s'il le devoit quand il eſt décédé, ou au vendeur ou au créancier qui lui avoit prêté de l'argent pour faire cette acquiſition, c'eſt au *vendeur* ou au créancier que l'héritier du propre doit payer le prix. Joignez l'article 137

Lorſqu'un homme achete un héritage, cet héritage eſt un *acquêt* dans ſa ſucceſſion. Et s'il eſt décédé ſans en avoir payé le prix, ce prix eſt une dette de ſa ſucceſſion à laquelle tous les héritiers doivent *contribuer* à proportion de l'émolument, ſelon l'article 334; & l'héritier *des acquêts* qui en profite ſeul, ne paie pas pour cela plus que les autres, comme en conviennent les Commentateurs de notre Coutume ſur ledit article; ce qui n'a ici aucune explication, parce que dans cet article-ci l'héritage retiré par Retrait lignager

lignager, n'eſt déféré par ſucceſſion, à l'héritier des propres, qu'en payant le prix à l'héritier des acquêts, dans l'an & le jour du décès du retrayant, au cas que le retrayant l'ait payé ou au vendeur ou au créancier qui a prêté ſon argent pour payer, au cas que ce prix ſoit encore dû.

ARTICLE CXL.

Des offres que le Retraïant eſt obligé de faire.

Quand le Lignager d'un vendeur d'héritage a fait adjourner l'Acheteur d'icelui heritage pour l'avoir par Retrait, il convient que tel qui veut avoir ledit heritage par Retrait, offre bource, deniers, loïaux-couts & à parfaire, tant par l'adjournement, qu'à chacune journée de la cauſe principale, juſqu'à conteſtation en cauſe incluſivement, & d'appel juſqu'à concluſion ſur l'appel, auſſi incluſivement. Et s'il ne le fait, il doit être débouté dudit Retrait.

Le parent qui exerce le Retrait lignager, eſt préſumé ignorer le prix du propre vendu & les véritables clauſes du contrat de vente, parce qu'il y a ſouvent des contre-lettres que les Parties cachent; & c'eſt par cette raiſon qu'il ne peut en *offrir* au juſte le prix. Ainſi on a très-bien jugé qu'il lui ſuffiſoit d'offrir ſeulement par ſon exploit d'ajournement; & à chaque journée de la cauſe un prix fictif, en offrant *bource de*

deniers, *loyaux-coûts & à parfaire*. Termes essentiels, & par l'omission de l'un desquels il est déchu du Retrait.

Ces offres ne se sont ainsi faites par le retrayant, que pour gagner *les fruits* du jour de l'ajournement, suivant l'article 134, & pour exciter l'acquéreur ajourné, à acquiescer au Retrait sans plaider; & de-là vient qu'on ne réitere plus les offres *après la contestation en cause*, & lorsque l'acquéreur a pris le parti de soutenir le procès, &c.

Comme tant que le procès dure sur le Retrait, le Retrayant qui peut le perdre & le gagner n'est pas encore *débiteur*, ni l'acquéreur *créancier*, ces offres ne peuvent pas être regardées comme un paiement réel & effectif; de sorte que s'il arrive qu'après qu'elles ont été faites, les monnoies diminuent ou augmentent, c'est au *dommage* ou au *profit* du retrayant.

Quant à la *consignation*, comme elle tient lieu de paiement quand elle est faite après le Retrait adjugé, il n'en est pas de même. *Voyez la note sur l'article 136 & 173.*

Puisque dans le cas du *Retrait lignager*, le retrayant gagne les *fruits*, du jour des *offres*, il en doit être, ce semble, de même dans le cas du Retrait conventionnel, parce qu'il y a parité de raison. Et comme le remboursement d'une rente constituée est une espece de *remérer conventionnel*, il faut aussi tenir pour constant que les arrérages en doivent cesser du jour que les offres d'en faire le rachat, qui doivent être de toute la somme principale, ont été faites. Mais comme dans ces deux derniers cas les mêmes effets ou le même argent prêté par un tiers, *pour quelques heures seulement*, pourroient être employés à faire frauduleusement plusieurs offres différentes,

il seroit juste, ce semble, d'obliger les débiteurs à la consignation, en cas de refus de la part des créanciers, comme on oblige les demandeurs à *consigner* lorsque le Retrait est adjugé. *Vide Censium de censibus, q. 140;* tous les Auteurs qu'il cite à ce sujet; & Loiseau, *du Déguerpissement*, liv. 5, chap. 9, n. 25, 26.

Offre bource, deniers, loyaux-coûts & à parfaire, &c.] Dans le cas de *vente de succession* de propres, il y a lieu au Retrait lignager, & suivant l'article 78 de la Coutume de Châteauneuf en Thimerais, l'ajournement doit être donné *au domicile de celui qui a acquis les droits successifs.* On a demandé dans le même cas quelle Coutume il falloit suivre pour la formalité des offres, ou celles dans lesquelles les biens propres étoient situés, ou celles dans laquelle l'acquéreur étoit domicilié & où il avoit été ajourné en retrait. Cette question s'étant présentée entre le sieur *Abbé le Bossu*, demandeur, & la dame Marquise *de Cottentin*, qui avoit acquis les droits successifs de demoiselle *Jeanne de Briou*, héritiere des propres de feu demoiselle Charlotte de Cottentin sa fille, *assignée au Châtelet;* il a été jugé par Sentence, du 20 Juillet 1723, qu'il n'y avoit point d'autres formalités à suivre que celles qui étoient prescrites par cet article, quoique les propres qui étoient dans la succession vendue, fussent situés au Maine, à Senlis & en Valois.

A chacune journée.] Ceci a été pris de l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 34, p. 225, où il est dit, que *doit être faite ladite offre, à chacune journée de la cause, soit en estant, ou en continuant, ou délivrée; car autrement le demandeur perdroit sa cause.*

Chaque journée de la cause, est le jour de chaque *assignation* de la cause, avant contestation.

Ainſi avant l'Ordonnance de 1667, au titre 14 des conteſtations en cauſe, les *avenirs* qui ſe prenoient au Greffe, & qui étoient des eſpeces de Jugemens par leſquels le jour de l'audience étoit aſſigné, étoient des journées de cauſe. *Voyez* Gaſtier dans ſon Praticien, pag. 50.

Chartres, article 69. *L'ajournement, en matiere de Retrait, ſe doit faire ſur le lieu & héritage qu'on veut retraire; & à chacun jour* d'aſſignation de la cauſe, *deniers doivent être offerts à découvert.*

La Coutume du Nivernois, chap. 32, art. 3, *Si*, à l'aſſignation, *l'acquéreur exibe un titre, le retrayant doit offrir comptant le prix audit acquéreur.*

Senlis, article 223. *Le lignager qui requiert & demande ledit héritage ainſi vendu, eſt tenu d'offrir à l'acheteur, bourſe, deniers & à parfaire pour ledit pur fort principal & loyaux-coutumens, & continuer à chacune* journée & aſſignation, *juſqu'à conteſtation en cauſe.*

Entre ces *journées* de cauſe *ou aſſignations*, on mettoit donc anciennement les *avenirs*, qui ſe prenoient au Greffe avant l'Ordonnance de 1667, & qui étoient alors comme des eſpeces de Jugemens; mais cette Ordonnance ayant établi par l'article 8 du titre XI, des *Délais & Procédures*, & l'article 1 du titre 14 *des Conteſtations*, que *trois jours après les défenſes fournies, & la copie des pieces juſtificatives, la cauſe ſeroit pourſuivie à l'audience, ſur un ſimple acte ſigné du Procureur, ſans prendre au Greffe aucun avenir.* Les *avenirs* n'ont plus été regardés par-tout comme des *journées de cauſe*... à l'exception du Préſidial de Senlis, où, ſuivant Me. de Saint-Leu, on tient encore qu'il y faut faire des offres, à peine de déchéance des Retraits, ce qui eſt une erreur mal fondée ſur l'autorité de Riccard qui avoit

fait ſes notes ſur cette Coutume, avant l'Ordonnance de 1667, & contraire à la droite raiſon, parce que les avenirs étant aujourd'hui de ſimples actes ſignés d'un Procureur, & ſignifiés à un autre Procureur, il eſt évident que le Procureur du demandeur, qui fait ſignifier un tel acte, n'eſt pas Partie capable pour y faire des *offres*, ni le Procureur du défendeur, à qui l'avenir eſt ſignifié, Partie capable pour les *accepter*; enſorte qu'un avenir ne peut point aujourd'hui être regardé comme une journée de cauſe.

Cette queſtion ſe préſenta il y a environ quarante années, dans l'eſpece qui ſuit:

M. *de Saint-Gobert*, Préſident en l'Election de Senlis, ayant acquis de Claude Loiſel une maiſon ſituée dans cette ville, qui étoit un propre de la famille des Loiſels, deux parens lignagers de cette famille intenterent preſqu'en même temps leur action en Retrait pour rentrer dans cette maiſon, demoiſelle *Marguerite Loiſel* & le ſieur *François Darraine*, Lieutenant-Général à Senlis.

Le Procureur de la demoiſelle Loiſel obmit de faire des offres dans un *avenir*, dont Me. *de Saint-Gobert* & le ſieur *Darraine* conclurent à ce qu'elle fût déclarée déchue de ſa demande en Retrait.

Sur cette conteſtation il y eut Sentence interlocutoire à Senlis, au profit de demoiſelle Marguerite Loiſel.

Le ſieur *François Darraine*, & Me. *de Saint-Gobert*, interjetterent appel de cette Sentence, & la Cauſe ayant été portée à l'Audience de la Grand'Chambre, elle y fut plaidée contradictoirement, par Me. DU CORNET, pour M. *de Saint-Gobert*, qui ſoutenoit que la demoiſelle Loiſel devoit être déboutée de ſon action en Retrait

pour ſon omiſſion d'offres, dans un *avenir.* Par feu Me. *Tripault*, pour demoiſelle *Loiſel.* Et par feu Me. *Galliot*, pour le ſieur Darraine. J'ai appris d'une Conſultation de Me. *du Cornet*, ſur la capacité & la probité duquel on peut compter, & dont j'ai copie, que feu M. l'Avocat-Général TALON ſe leva & obſerva à la Cour, *que feu* Me. Marie Riccard, *dont on oppoſoit l'autorité à la demoiſelle* Loiſel, *avoit fait ſon Commentaire, ſur la Coutume de Senlis, dans un temps où les avenirs ſe prenoient au Greffe, par un Jugement qui ordonnoit que les Parties viendroient à l'Audience au premier jour; que ces ſortes* d'avenirs étoient alors des journées de cauſe, *par laquelle il falloit par cette raiſon, en matiere de Retrait, réitérer les offres, à peine de nullité. Mais que l'Ordonnance de 1667 ayant aboli l'uſage de ces anciens avenirs, & ayant décidé qu'ils ſeroient faits par de ſimples actes de Procureur à Procureur, hors la préſence du Juge, ces nouveaux avenirs ne pouvoient point être regardés comme des journées de cauſe, dans leſquels il fût d'obligation de réitérer des offres en matiere de Retrait.*

Il y eut Arrêt contradictoire, le 2 Août 1680, que j'ai fait lever au Greffe, dont voici le diſpoſitif:

La Cour a donné acte à la Partie de Tripault, *de ſes offres faites de bource & deniers pour le pur ſort principal de l'acquiſition en queſtion, frais de lettre & loyaux-couſtemens & à parfaire, ſuivant la Coutume. A reçu & reçoit la Partie de* DU CORNET *oppoſante à l'exécution de l'Arrêt par défaut; & faiſant droit ſur l'appel, a mis & met les appellations & ce dont a été appellé au néant, émendant & évoquant le principal & y faiſant droit, a adjugé & adjuge à la Partie de Tripault, par Retrait lignager, la maiſon dont il s'agit; & en conſéquence,*

déboute la Partie de Galliot de sa demande ; condamne la Partie de du Cornet aux dépens ; ceux d'entre la Partie de Tripault & de Galliot compensés. Fait en Parlement, le 2 Août 1680.

Avant l'Ordonnance de 1667, lorsqu'un retrayant avoit omis de faire les offres en une *journée de cause*, ou une *assignation*, l'acquéreur ou défendeur en Retrait ne devoit pas laisser passer *la journée* sans prendre son avantage ; & lorsque par négligence il la laissoit passer, il n'étoit plus écouté si le retrayant avoit réparé sa faute en faisant *ses offres à la journée suivante ;* ce qui est très-bien expliqué par l'article 159 de la Coutume de Melun, voisine de celle de Paris, qui porte, que *quand le lignager fait ajourner l'acheteur pour avoir, par Retrait lignager, quelqu'héritage, il doit, à chacune audience de la cause, & jusqu'à l'appointement de contestation, iceluy includ, offrir deniers à découvert & à parfaire ; & que s'il défaut d'une seule fois, & l'acheteur requiert que ledit retrayant soit déchu dudit Retrait ; le Juge doit à l'audience d'icelle cause, déclarer ledit retrayant déchu dudit Retrait.*

Mais que si par ignorance ledit retrayant défailloit à faire son offre à aucune audience, & le défendeur n'en fit compte, & ne requist à icelle même audience, que ledit retrayant fût déchu du Retrait ; ains le requist à une autre audience, où l'offre fût faite ; ne seroit pour cette cause le retrayant déchu dudit Retrait. Ce qui est très-remarquable.

Jusqu'à contestation en cause,] & non dépens, ce qui est juste ; car il ne reste plus qu'à faire droit s'il a été bien ou mal contesté. Du Molin sur l'article 177 de la Coutume d'Etampes. *Voyez l'article 104.*

Et d'appel jusqu'à conclusion sur l'appel, aussi inclusivement.] Par Arrêt du

il a été jugé que quand les offres étoient contenues dans des Lettres de relief, d'appel ou d'anticipation, ce n'étoit pas une nullité de ne les pas répéter exactement dans l'exploit d'infirmation, écrit ensuite des Lettres.

Doit être débouté du Retrait.] Ensorte qu'il n'y sera plus admis, quoiqu'il soit encore dans l'année; c'est l'avis de Riccard & des Commentateurs. Quant aux autres parens, voyez la note sur l'article . . .

On a demandé si un retrayant devoit être débouté de sa demande pour une rature ou un interligne & un renvoi faits de la main de l'Huissier même, mais non approuvés ni paraphés de lui.

Selon les Canonistes & les Jurisconsultes, les *interlignes* & les *ratures* sont de trois sortes:

Ou *vicieuses* & *criminelles*,

Ou *indifférentes*,

Ou *justes* & *nécessaires*.

Les *vicieuses* & *criminelles* sont celles qui sont faites avec dol pour changer le sens d'un acte ou d'un exploit dans un endroit essentiel dont parle *Farinacius* dans sa Pratique, quest. 153, 154, partie 4; & comme elles corrompent l'acte ou l'exploit, elles donnent lieu à la nullité du Retrait.

Les *ratures* & les *interlignes indifférentes* sont celles qui suppriment quelque mot superflu, ou qui corrigent simplement quelques fautes de Grammaire. Et celles-ci ne donnent pas d'atteinte au Retrait.

Les ratures & les interlignes nécessaires sont celles qui sont faites avec réflexion, pour ôter dans un acte ou un exploit, une fausseté évidente, commise innocemment. Et celles-ci toujours bonnes, soit qu'elles soient approuvées ou

non, ne vicient point les actes ni les exploits, lorsque les mots raturés se peuvent lire, & qu'il est manifeste par le sens que la correction & l'addition ont été bien faites, ce qui doit avoir lieu quand même la rature ou l'interligne seroient dans un lieu essentiel, suivant Denis Godefroy dans sa note sur la Loi 12, au Code *de testamentis. Abrusio*, dit-il, *seu litura in testamento seu in literis*, suspecto & substantiali loco *instrumentum vitiant, nisi ex antecedentibus, & consequentibus certo collegatur lituram consulto ac necessario inductam, hoc est instrumentum eam lituram pati vel sine ea consistere non posse, &c.*

En voici un exemple fameux, dans le cas d'un *testament* qui n'est pas plus favorable parmi nous que les Retraits.

Vers l'année 1684, *Honorée Barbe* domiciliée à Amiens, étant très-dangereusement malade, fit venir chez elle deux Notaires pour recevoir son testament.

Ses dernieres dispositions ayant été rédigées par écrit, le Notaire qui tenoit la plume, mit par erreur, *fait & passé ès Etudes en la maison de la testatrice ;* s'étant apperçu à l'instant de l'espece de fausseté qu'il venoit de commettre innocemment, il raya les mots *ès études ;* ensorte qu'après la rature on pouvoit encore les lire. Et cette rature ne fut pas approuvée, quoiqu'elle fût dans un lieu *essentiel*, puisque les Ordonnances enjoignent aux Notaires de marquer les lieux où ils passent les actes, ce qu'il est important de remarquer.

La testatrice étant décédée, *Robert Bailly*, qu'elle avoit fait légataire universel de l'usufruit de tous ses immeubles & de tous ses meubles en propriété, fit assigner l'héritier en délivrance, & l'héritier s'inscrivit en faux contre le testament,

parce que la rature n'étant pas approuvée, il falloit le lire comme si elle n'y étoit pas ; auquel cas la fausseté étoit manifeste, puisqu'il étoit impossible que ce testament eût été en même temps passé dans *la maison de la défunte* & dans les *Etudes des Notaires.*

L'affaire ayant été portée pardevant les premiers Juges, il y eut Sentence à Amiens le 5 Février 1685, par laquelle *les moyens de faux* proposés par l'héritier, furent déclarés *impertinens & inadmissibles.*

L'héritier interjetta appel de cette Sentence, & par Arrêt du 15 Février 1686, *la Cour mit l'appellation au néant ; elle ordonna que ce dont étoit appel sortiroit son effet :* elle évoqua le principal ; &, y faisant droit, elle ordonna que le testament seroit exécuté, & condamna l'appellant en l'amende & aux dépens. Cet Arrêt est rapporté dans le tome cinquieme du Journal des Audiences, livre 2, chap. 2, pag. 97, 98, 99, 100.

Ce que la Cour a ainsi décidé à l'égard de ce *testament*, doit avoir lieu à l'égard *des exploits* & même des *ajournemens en Retrait*, parce que les *testamens* par lesquels les biens sortent ordinairement des familles, ou qui y renversent l'ordre de succéder, sont encore moins favorables parmi nous, que les *Retraits* introduits pour faire rentrer dans les familles les biens qui en sont sortis.

Il y a encore une autre différence entre les *testamens* & les exploits. C'est que les Notaires qui ont reçu les *testamens*, & qui en sont les maîtres, peuvent y ajouter ou diminuer comme il leur plaît quand ils ne sont pas signés des testateurs décédés, au lieu que les Huissiers qui ont peu de temps les exploits entre leurs mains ne peuvent presque y rien changer, sur-tout aux copies qu'ils donnent aux défendeurs. De

sorte que les ratures & les interlignes, quoique non approuvées dans des copies d'exploits, lorsqu'elles sont de la main de l'Huissier, & qu'il paroit, parce qu'on peut lire encore les mots effacés, qu'elles étoient nécessaires; & qu'enfin avec ces ratures & ces interlignes non approuvées, les copies sont conformes aux originaux, les interlignes & les ratures ne diminuent en rien la foi de l'exploit.

On demande encore si l'Huissier qui donne un exploit en Retrait est obligé, *à peine de nullité* de se faire assister de *Records* ou de *Témoins*; & si l'on consulte les Praticiens, ils répondront tous, d'une voix unanime, que oui, parce qu'il est trivial que l'on en use ainsi dans tous les *exploits de Retrait* & dans tous les *commandemens*, pour parvenir à des saisies réelles. Cependant il faut dire le contraire, & tenir constamment, avec Me. Auzannet, sur l'article 140, que l'assistance des Records n'est point requise dans ces exploits.

Pour faire connoître cette vérité il faut distinguer l'ancien droit du nouveau.

Par l'ancien Droit, c'est-à-dire avant *l'Edit du Contrôle*, qui est du mois d'Août 1669, les Huissiers étoient obligés de se faire assister de Témoins ou de *Records*. L'article 2 de l'Ordonnance de 1667, au titre *des Ajournemens*, y est formel. Et du Fresne dans le *Journal des Audiences*, tome 1, liv. 2, chap. 62, rapporte un Arrêt de l'an 1630, par lequel la Cour jugea alors qu'un exploit de Retrait lignager devoit être signé des *Records*, à peine de déchéance du Retrait.

Mais le feu Roi Louis XIV ayant établi le contrôle par son Edit du mois d'Août 1669, persuadé que cette nouvelle formalité étoit suffi-

ſante pour aſſurer la foi de tous les exploits, il déchargea tous les *Huiſſiers* de l'obligation où ils étoient de ſe faire aſſiſter de *Records*, en ces termes : *Nous avons déchargé & déchargeons leſdits Huiſſiers, Sergens & autres, ayant pouvoir d'exploiter, de ſe faire aſſiſter de deux Témoins & Records, ſuivant l'article 2 du titre 2 de notre Ordonnance de 1667, à laquelle nous avons dérogé & dérogeons à cet égard, &c.*

En l'année 1671, le 21 Mars, le Roi fit une *Déclaration* en interprétation de ſon Edit du contrôle. Il y marqua tous les exploits qui ſeroient ſujets au contrôle, entr'autres *les commandemens, les exécutions, les ventes, les ſaiſies & arrêts*, les exploits de Retrait lignager *ou féodal de ſéqueſtres, les ſaiſies féodales & réelles* & ſignifications d'icelles, *criées & appoſitions d'affiches, &c.* Sa Majeſté ajouta enſuite, *ſans néanmoins* diſpenſer *les exploits deſdites ſaiſies* féodales réelles & appoſitions d'affiches des autres formalités de Témoins & de RECORDS preſcrites par les Coutumes & anciennes Ordonnances.

Ainſi depuis cet Edit & cette Déclaration, tous les exploits, ſoit de *Retrait lignager* ou autres, & tous les commandemens furent ſujets *au contrôle* & affranchis de la formalité *des Records*, à l'exception des exploits ſeuls *de ſaiſies féodales & réelles*, & des appoſitions d'affiches qui furent déclarés ſujets, comme auparavant à la formalité des *Records* ou *Temoins*.

Tous les Huiſſiers ayant été ainſi affranchis de l'aſſiſtance des *Records* dans tous les exploits, à l'exception des *ſaiſies féodales, réelles*, & appoſitions d'affiches ſeules, il eſt aiſé de concevoir que depuis plus de cinquante années que l'Edit du contrôle eſt fait, il y a eu dans le reſſort de ce Parlement un nombre infini d'exploits

en Retrait lignager, donnés, & de commandemens faits pour parvenir à des saisies-réelles, sans qu'ils aient été *recordés*. Et si pendant un si long espace de temps il ne s'est point présenté de procès à ce sujet, c'est qu'il ne s'est pas trouvé de Plaideur assez déraisonnable pour que de tels exploits fussent nuls par le seul défaut de cette formalité.

Après plusieurs recherches on a découvert néanmoins que cette question se présenta à la Cour dans l'espece qui suit :

En l'année 1686, le 20 Novembre, *Vincent Bertrand*, cessionnaire du sieur *Louis*, *Comte des Salles*, & en cette qualité créancier du sieur *François des Salles*, de la somme de 15000 francs barois, fit faire un *commandement* à son débiteur pour être payé de cette somme avec les intérêts, en vertu d'un Arrêt de la Cour, du 24 Septembre de la même année.

Quoique ce commandement n'eût pas été recordé, Bertrand ne laissa pas que de passer outre. Il fit *saisir réellement* la terre de *Bertheleville* sur le sieur *François des Salles*, par exploit du 10 Décembre de cette année 1686; & le sieur *Louis des Salles* se fit ensuite subroger à *Bertrand*.

Le sieur *de Reance*, aussi créancier de *François des Salles*, par deux contrats de constitution dont il lui étoit dû la somme de 2464 liv. d'arrérages, fit aussi saisir réellement la terre de *Bertheleville*, le 18 Juin 1712. Et dans la concurrence de ces deux saisies, le sieur *de Reance* prétendant que celle de Bertrand, du 10 Décembre 1686, étoit nulle comme faite sur un commandement *non recordé*, il en interjetta appel en la Cour.

Et le sieur *Louis des Salles* subrogé à Bertrand,

qui soutenoit que la premiere saisie, du 10 Décembre 1686, quoique faite sur un commandement *non recordé*, étoit bonne, il interjetta appel de celle que le sieur *de Reance* avoit fait faire le 18 Juin 1712, sur le fondement que *saisie sur saisie ne vaut.*

Le sieur *Louis des Salles* qui soutenoit la premiere saisie faite sur un commandement *non recordé*, disoit tout ce qui a été expliqué ci-dessus.

Et l'affaire ayant été rapportée en la Grand'-Chambre par M. *Brayer*, il y eut Arrêt sur production des Parties, qui ordonna qu'il seroit procédé à l'adjudication de la terre saisie, en conséquence du commandement non recordé.

On le rapporte ici tout entier, pour imposer silence à ceux qui préferent les mauvais usages aux Loix.

Louis par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre, au premier des Huissiers de notre Cour de Parlement, ou autre Huissier ou Sergent royal sur ce requis; *savoir* faisons, que entre M. *Pierre de Reance*, Chevalier, Seigneur de Traveray, Auroinville & autres lieux, *appellant* de la saisie-réelle faite de la terre & seigneurie de Bertheleville, à la requête de *Vincent Bertrand* par exploit du 10 Décembre 1686, à laquelle *l'Intimé*, ci-après nommé, a été *subrogé* d'une part. Et Messire *Louis des Salles*, *subrogé* au lieu dudit *Bertrand*, *Intimé*; & entre ledit *des Salles*, appellant de la saisie-réelle de la susdite terre de Bertheleville, par exploit du 18 Juin 1712 sur Messires *François des Salles* & ledit *de Reance*, *Intimé*; & entre ledit *des Salles*, demandeur en Requête du 2 Juillet 1712, & ledit *de Reance*, & *François des Salles*, défendeurs; & entre Messire *François des Salles*, *Baron de Grecourt*,

demandeur en requête du 7 dudit mois de Juillet, & ledit *de Reance* & *Louis*, *Comte des Salles*, défendeurs. Et entre ledit *de Reance*, demandeur en requête du 5 Avril 1713, & ledit *Louis des Salles*, défendeur, d'autre.

Vu par la Cour, en laquelle, par Arrêt du Conseil, du 21 Mai 1708, l'instance a été renvoyée & retenue par Arrêt du 19 Juillet audit an, l'exploit de *saisie-réelle* faite le 10 Décembre 1686, en vertu d'un Arrêt de la Cour, du 24 Septembre audit an, & du *pareatis* du 30 Octobre ensuivant, à la requête de *Vincent Bertrand*, Bourgeois de Paris, ayant droit par transport de Messire *Louis*, *Comte des Salles*, faute de paiement de la somme de 15000 francs barois portée audit Arrêt, sans préjudice des intérêts échus & à échoir, autres dus, dépens, frais & mises d'exécution faits ou à faire de ladite terre & Seigneurie de Bertheleville, appartenances & dépendances sur ledit *François des Salles*. La *saisie-réelle* faite le 8 Juin 1712, en vertu de deux contrats de constitution des premier Mars 1681, & 19 Juin 1685, à la requête dudit de Reance, faute de paiement de la somme de 2464 l. 6 s. 6 d. pour arrérages des rentes portées par lesdits contrats échus le 18 Juin 1711, sans préjudice d'autres dus, droits, actions & dépens de ladite terre & seigneurie de *Bertheleville*, circonstances & dépendances, sur ledit *François des Salles*, tant en son nom, que comme pere & tuteur de ses enfans, & de défunte dame *Elisabeth de Villeneuve* son épouse. Arrêt du Conseil, du 21 Mai 1708, par lequel, en conséquence du consentement dudit *Louis des Salles* & dudit *Bertrand*, porté par l'acte du 19 dudit mois de Mai, les Parties auroient été renvoyées en la Cour pour y procéder suivant les derniers actes & erremens, même

ſur la ſaiſie-réelle faite par *Bertrand*, de ladite terre de Bertheleville, du 10 Décembre 1686, circonſtances & dépendances. Ledit *Comte des Salles* & *Bertrand*, & ledit *François des Salles* condamnés en tous les dépens. Arrêt de rétention, du 19 Juillet 1708. Arrêt d'appointé au Conſeil, du 20 Août 1712. Cauſes & moyens d'appel dudit *Louis des Salles*, du 7 Mars 1713. Additions de cauſes & moyens d'appel dudit de Reance, du 24 Avril audit an. Productions dudit *de Reance*. Requête dudit *de Reance*, du 22 Décembre 1712, à ce qu'où la Cour ne jugeroit à propos que l'adjudication de la terre de Bertheleville ſe dût faire en la Cour, aux termes de l'Arrêt du Conſeil, du 21 Mai 1708, qui y avoit renvoyé l'adjudication, en *confirmant* la ſaiſie-réelle dudit *de Reance*, & déclarant celle dudit *Bertrand* nulle, acte fût donné audit *de Reance* de ce qu'il offroit ſur ſadite ſaiſie-réelle, faire faire l'adjudication de ladite terre de Bertheleville en la Cour, à la charge que ladite ſaiſie-réelle ſeroit bien & duement certifiée au Bailliage de Chaumont, en la maniere accoutumée; & qu'à cet effet elle ſeroit regiſtrée au Greffe de la Cour; & les oppoſans, ſi aucuns y a, aſſignés pour y réitérer leurſdites oppoſitions; & les conteſtans condamnés aux dépens; ſur laquelle Requête auroit été réſervé à faire droit en jugeant la Requête & demande dudit *Louis des Salles*, du 2 Juillet 1712, à ce qu'acte lui fût donné des offres qu'il faiſoit de remettre entre les mains dudit *de Reance*, des copies ſignées de ſon Procureur, des titres en vertu deſquels la ſaiſie-réelle de la terre de Bertheleville, auroit été faite à la requête dudit *Bertrand*; & en conſéquence, ordonne que ledit *de Reance* ſeroit tenu de rembourſer audit *des Salles* les frais faits à l'occaſion

de la poursuite de ladite *saisie-réelle* & criées; sinon que, sans avoir égard aux Arrêts de subrogation obtenus par ledit *de Reance*, ledit *des Salles* demeureroit autorisé à continuer ses poursuites en la Cour, pour parvenir à l'adjudication de ladite terre; sur la saisie-réelle, à la requête dudit *Bertrand*, l'Arrêt qui interviendroit déclaré commun avec ledit *François des Salles*, & les contestans condamnés aux dépens, desquels il seroit remboursé en frais extraordinaires de criées. La Requête & demande dudit *François des Salles*, du 7 Juillet 1712, à ce qu'acte lui fût donné de ce qu'il consentoit que sur la saisie-réelle faite sur lui, de ladite terre de Bertheleville, il fût passé outre à la vente & adjudication de ladite terre en la Cour, suivant les derniers erremens, *soit à la requête dudit Louis des Salles*, comme subrogé au lieu dudit *Bertrand; soit à la poursuite dudit de Reance, comme subrogé à la poursuite dudit des Salles, quoique le commandement du 20 Novembre 1686, qui avoit précédé la saisie-réelle, ne se fût pas trouvé* RECORDÉ *de Témoins.* Et quoique les criées eussent été certifiées au Parlement de *Mets*, par Arrêt du 19 Mars 1687, & non au Bailliage de Chaumont, & lesdits contestans condamnés aux dépens. Défenses au contraire dudit *de Reance*, du 23 Décembre 1712. Arrêt d'appointé en droit & joint, du 19 dudit mois de Décembre. Production dudit *Louis des Salles* en exécution des Arrêts des 26 Août & 29 Décembre 1712. Productions desdits *de Reance* & *François des Salles*. Réponses à causes d'appel desdits *de Reance* & *Louis de Salles*, des 29 Avril & 22 Juillet 1713, servant de contredits & salvations. Requête dudit *François des Salles*, du premier Août 1713, employée pour contredits. Requête dudit *de Reance*, du 2 dudit mois d'Août

employée pour contredits. La Requête & demande dudit *de Reance*, du 25 Avril 1713, *à ce qu'en infirmant ladite saisie-réelle, du 10 Décembre 1686, & tout ce qui en est ensuivi, il fût reçu opposant à l'Arrêt du Parlement de Mets dudit jour, du 9 Mars 1687*, portant certification de la saisie-réelle & criées de ladite terre & seigneurie de Bertheleville, que ledit *des Salles* avoit produit en l'instance d'entre les Parties. Faisant droit sur l'opposition, ladite certification fût déclarée nulle, & ses conclusions adjugées avec dépens, & qu'acte lui fût donné de l'emploi pour écriture & production sur ladite opposition & demande. Arrêt d'appointé en droit & joint, du 29 Avril 1713. Requête dudit *Louis des Salles*, du 3 dudit mois d'Août audit an, employée pour défenses, écritures & productions. Production nouvelle dudit *Louis des Salles*, par Requête du 2 Août 1713, servant de défenses. Requête dudit *de Reance*, du 3 dudit mois d'Août, employée pour réponses & contredits. Requête dudit *de Reance*, du 18 Août 1713, *à ce qu'où la Cour feroit difficulté de confirmer purement & simplement la saisie faite à la requête dudit de Reance, de ladite terre de Bertheleville, & infirmer celle faite à la requête de Bertrand* de ladite terre, attendu *l'intelligence qui paroît entre ledit Louis des Salles & ledit François des Salles, Partie saisie. La saisie-réelle faite à la requête dudit Bertrand, à laquelle ledit Louis des Salles avoit été subrogé, fût convertie en opposition à celle dudit de Reance; & que sur lesdites deux saisies-réelles, il fût procédé & passé outre à la vente & adjudication de ladite terre en la Cour, en la maniere accoutumée; à l'effet de quoi la saisie-réelle dudit de Reance y seroit registrée.* Sur laquelle Requête auroit été réservé à faire droit en jugeant,

& soit signifié. Requête dudit *Louis des Salles*, du 19 dudit mois d'Août, employée pour défenses, tout joint & considéré. NOTREDITE COUR faisant droit sur le tout, en tant que touche l'appel interjetté par ledit *Louis des Salles*, de la saisie-réelle du 8 Juin 1712, a mis & met l'appellation & ce dont a été appellé au néant; émendant a donné acte du consentement dudit *François des Salles*, porté par sa Requête du 7 Juillet 1712; & en conséquence, sans s'arrêter aux Requêtes dudit *de Reance*, des 22 Décembre 1712, & 18 du présent mois d'Août, ni à l'opposition formée par ledit *de Reance* à l'exécution de l'Arrêt du 19 Mars 1687 dont elle l'a débouté sur l'appel dudit *de Reance*, de la saisie-réelle du 10 Décembre 1686, a mis & met l'appellation au néant; ordonne que ce dont a été appellé sortira son plein & entier effet; *& passé outre sur icelle, en la Cour, à la vente & adjudication des immeubles saisis & dont est question*, à la diligence dudit *de Reance*, subrogé à ladite poursuite; & sera tenu ledit *de Reance* faire procéder à ladite adjudication, & rembourser audit *Louis des Salles* les frais de poursuites, dans deux mois, à compter du jour de la signification du présent Arrêt, au Procureur; sinon ledit temps passé, en vertu du présent Arrêt, & sans qu'il en soit besoin d'autre, permet audit *Louis des Salles* de continuer ses poursuites sur lesdites saisies-réelles & criées, & passer outre à l'adjudication par décret de ladite terre de Bertheleville, nonobstant la subrogation obtenue par ledit *de Reance*. Déclare le présent Arrêt commun avec ledit *François des Salles*; & condamne ledit *de Reance* en l'amende de 12 livres; aux trois quarts des dépens envers ledit *Louis des Salles*; l'autre quart & les autres dépens compensés. Pourra néanmoins ledit *Louis*

des Salles employer ceux par lui faits, en frais extraordinaires de criées. Mandons, &c. Donné en Parlement le 22 Août 1713, & de nôtre regne le soixante-onzieme. Par la Chambre.

GILBERT.

ARTICLE CXLI.

Le Parent lignager qui intente le premier l'action en Retrait, est préféré à tous les autres.

Le parent & lignager, qui premier fait adjourner en Retrait, doit être préféré à tous autres, posé qu'ils soient plus prochains parens du Vendeur, encore que le Retraïant ne soit descendu de celui duquel vient ledit héritage.

On peut assurer comme une regle certaine, que l'action en Retrait lignager est *mixte*. Ensorte qu'il est au choix du *retrayant* de faire ajourner l'*acquéreur* ou pardevant le Juge de son *domicile*, ou pardevant le Juge du lieu où les fonds retraits sont situés. On peut voir, à ce sujet, Louet, lettre R.

Si l'héritage retiré est situé dans la Coutume de Paris, il faudra suivre la disposition de cet article; & le parent lignager le plus diligent, qui intentera le *premier* son action en Retrait, quoique dans un degré plus éloigné, sera préféré à tous les autres plus proches que lui.

Mais si l'héritage est assis dans une Province qui préfere le parent le *plus proche*, quoique l'*acquéreur* ait été ajourné à son domicile à Paris,

le parent le plus proche qui se présentera avant que le Retrait soit exécuté, sera préféré au *parent plus éloigné*, quoique plus diligent, pourvu que ce parent plus proche soit encore dans l'année & le jour donnés pour le Retrait. *Voyez* l'article 370 de la Coutume d'Anjou.

Ce ne sont pas les seuls immeubles propres, qui soient sujets au Retrait lorsqu'ils ont été vendus, mais les actions qui ont des propres pour objet y sont aussi sujettes. De sorte que si un héritier des propres vend ses *droits successifs*, ces droits peuvent être retraits; & si celui qui a vendu un propre à faculté de rachat, vend cette faculté, elle pourra pareillement être retraite.

Cela posé, l'on demande si en retrait d'*actions* qui ont pour objet des propres, il est au choix du retrayant de faire ajourner l'acquéreur ou à son domicile, ou pardevant le Juge des lieux où les fonds sont situés, & au cas qu'on le fasse ajourner pardevant le Juge de son domicile, s'il faut y suivre les formalités prescrites par les les Coutumes des lieux où les propres sont situés.

Et comme ces actions, considérées par rapport à celui qui les a acquises, sont des droits incorporels qui, n'ayant pas d'assiette, ne peuvent suivre que sa personne, la Coutume de Châteauneuf, dans l'article 78, décide très-bien que l'ajournement en Retrait doit être donné au domicile de l'acquéreur. En voici les termes:

L'ajournement, en matiere de Retrait, se doit faire sur le lieu & héritage qu'on veut retraire, présens Témoins hors huitaine, *& signifier ledit ajournement à l'acheteur; & à la premiere assignation de la cause, les deniers doivent être offerts à découvert par celui qui veut retraire l'héritage. Et autrement le retrayant doit être déchu dudit Retrait*,

ſans toutefois que pour ſucceſſion univerſelle, *ou autre droit* incorporel *qu'on voudra retirer, ſuffit faire l'ajournement à la* perſonne *ou* domicile *de l'acquéreur.*

L'action en Retrait lignager, quand elle eſt intentée pour des actions, étant donc *perſonnelle* & non *mixte*, puiſque les actions ſuivent le domicile de la perſonne qui les a acquiſes, il s'enſuit que dans ces ſortes de Retraits il faut ſuivre les formalités preſcrites par la Coutume du lieu où l'acquéreur ajourne à ſon domicile, & non celles qui ſont preſcrites par les Coutumes des lieux où les fonds ſont ſitués, qui ſont, par rapport à l'action en retrait, un objet trop éloigné.

D'où il réſulte que ſi, dans un tel Retrait, l'action eſt intentée à Paris, il y faudra ſuivre les formalités preſcrites par cette Coutume, quoique les héritages qui ſont l'objet des actions retraites ſoient dans d'autres Coutumes. Ainſi dans ce cas, le plus diligent, quoique plus éloigné, ſera préféré aux autres, ſuivant cet article.

Le Retrait lignager ayant été introduit pour conſerver les propres dans les familles, les parens devoient, ce ſemble, y être admis dans l'ordre ou le rang où ils auroient dû ſuccéder à celui qui avoit fait l'aliénation; car pourquoi donner le Retrait d'un propre à un parent, quand il y en a devant lui tant de plus proches, qu'il ne pourroit y ſuccéder. Et de-là vient que nous avons un grand nombre de Coutumes qui déferent le *Retrait* comme les *ſucceſſions*, en préférant le plus *proche* au plus *éloigné*. Telle eſt la Coutume de Dunois, articles 81, 82; de Chartres, article 68; de Dreux, article 171; & du grand Perche, article 178.

Mais comme l'héritage aliéné rentre autant dans la famille d'où il eſt ſorti, lorſqu'il eſt retiré

par un parent éloigné, que quand il est retiré par un parent plus proche, on a décidé dans cette Coutume que le parent le plus diligent, quoique plus éloigné, seroit préféré aux autres ; & par-là on a prévenu plusieurs contestations.

L'usage de préférer ainsi à Paris le parent le plus diligent, est donc nouveau, car l'Auteur du grand Coutumier, au titre *des Retraits*, L. 2, chap. 34, pag. 234, écrit positivement que de son temps, le plus *proche* étoit préféré au plus *éloigné*. Vide *Reinkingium de Retractu*, *q.* 2, *n.* 25 *pag.* 51.

Comme dans cette Coutume on n'a aucun égard à la proximité, mais seulement à la diligence, il s'ensuit que quand deux parens, quoiqu'en degré inégal, sont également diligens, ils doivent concourir, sauf à liciter si la chose est indivisible. *Vide Reinkingium*, *dicta q.* 2.

Que l'on suppose à présent qu'un plus proche parent, à qui une succession est échue & déférée par la Loi, la revendique d'un tiers qui s'en est mis en possession, ce proche parent succombe & est débouté de sa demande. Le parent qui est dans le degré suivant pourra-t-il intenter une nouvelle action & revendiquer une seconde fois cette même succession, dont le plus proche est supposé avoir formé sa demande & en avoir été débouté ? Qui ne voit que dans ce cas l'action du second parent seroit d'autant plus mal intentée, qu'il n'auroit aucun droit, l'action ayant été totalement éteinte dans la personne du plus proche, débouté de sa demande.

Il en est de même du Retrait dans les Coutumes, où, suivant l'ordre des successions, il est déféré au plus proche parent. Et par conséquent, si le plus proche parent dirige mal son action & se fait débouter du Retrait, il n'y a plus d'ac-

tion pour le parent qui eſt dans le degré ſuivant.

Comme dans les Coutumes le plus proche parent étant débouté du Retrait, tout eſt tellement conſommé qu'il n'y a plus d'action pour les autres parens, il en faut dire, ce ſemble, de même dans cette Coutume, ſi le parent le plus diligent eſt débouté du Retrait. Et s'il en étoit autrement, un tiers acquéreur ſeroit bien à plaindre étant obligé pendant une année de ſoutenir ſucceſſivement pluſieurs procès pour raiſon d'un même héritage. Et je trouve que M. le Lieutenant-Civil le Camus, qui eſt de cet avis, nous aſſure que tel étoit de ſon temps l'uſage du Châtelet. *Voyez* ſon Commentaire.

Si le lignager n'a intenté ſon action en retrait dans l'an, que pour exclure frauduleuſement les autres lignagers, en les empêchant ainſi d'agir, & dans le deſſein de s'en déſiſter après l'an en faveur de l'acquéreur, ou pour s'en faire débouter; il eſt juſte, dans ce cas, de donner aux lignagers une autre année, à compter du jour que la fraude aura été découverte.

Encore que le retrayant ne ſoit deſcendu de celui duquel l'héritage vient.] Voyez la note ſur l'article ſuivant.

ARTICLE CXLII.

Les héritiers du vendeur, qui ſont du côté & ligne, peuvent retraire l'héritage qu'il a vendu.

Les héritiers du vendeur après ſon trépas, peuvent retraire l'héritage propre

pre par lui vendu, pourvû qu'ils soient du côté & ligne.

Les héritiers du vendeur, &c.] Ce qui est ici décidé, est, contre l'ancien usage; la question de savoir si *l'héritier du vendeur pouvoit retraire*, ayant été discutée il y a environ trois cens ans, il fut enfin jugé à Orléans qu'il le pouvoit, par la raison du paragraphe dernier de la Loi *Debitor ad Trebellianum.* Ce que nous apprenons de Bouhic dans son Commentaire sur le chapitre *Constitutus*, *extra de integrum restitutione*, *n. 7. Pro hoc*, dit-il, *videtur casus digestis ad Trebellianum. Lege* Debitor. *Paragrapho finali, per quem paragraphum audivi aureliæ istam quæstionem determinari per bonæ memoriæ Dominum Alanum Harleri, quondam Episcopum Trecorensem nepotem beati Yvonis, licet consuetudo Franciæ contrarium obtineat, &c.*

Celui qui use du Retrait ne revendique pas la chose vendue, mais il demande seulement d'être préféré & *subrogé à la vente.* Ainsi pour le Retrait il n'y a pas de recours de garantie contre l'héritier, comme il est très-bien dit dans la Coutume de Meaux, article 96. Et d'ailleurs l'acheteur qui a dû savoir qu'il traitoit *d'un propre*, l'ayant acquis tacitement à cette condition, il ne peut s'en plaindre.

L'on pourroit dire que l'héritier est une même personne que le défunt; or le défunt n'auroit pu retirer lui-même; & par conséquent son héritier ne le peut pas.

Mais on peut répondre que l'héritier est une même personne que le défunt, considéré comme *héritier*, mais non comme *lignager.*

Que l'on suppose qu'un pere vende un fief mouvant de son fils; le pere meurt, le fils est

son héritier, s'ensuivra-t-il de-là que le fils, Seigneur féodal, ne pourra retenir le fief, suivant l'article 20 ? Nullement, parce que ce n'est pas comme *héritier* de son pere qu'il retient le fief, mais comme *Seigneur féodal*. Il en est ici de même. Que l'on suppose à présent que le pere, en vendant, se soit obligé de *garantir* l'acquéreur du Retrait ou féodal, ou lignager, sous peine de 1000 ou 2000 liv. de dommages & intérêts, l'héritier du vendeur pourra-t-il retraire ? Il faut dire que oui, mais néanmoins en payant les dommages & intérêts, étant tenu de la stipulation du défunt, comme son héritier. Voyez *Math. de afflictis de jure protimiseos*, §. *ult. Boerium Decisione 181 ; Tiraquell. gloss. 9, n. 51 ; Gultiers de practicar. q. 149, n. 2, lib. 2 ; Gomesium ad Leges Tauri 70, n. 10 ; Tiberium Deccanum, respons. 35, vol. 4 ; Reinkingkium de retractu, q. 2, pag. 98, 99, Legem Tauri 73 ; ff. Covarruvia, lib. 3, resolutionum, cap. 2, & quæst. practicar. cap. 36 ; & Villa Diego sur Tuero Juzgo*, liv. 2, tit. 5, Loi 4, n. 5, p. 141.

Pourvû qu'ils soient du côté & ligne.] Ils sont réputés du côté & ligne, quoiqu'ils ne soient point descendus de celui qui a le premier mis l'héritage dans la famille, pourvu qu'ils soient descendus de ceux qui lui étoient parens. *Voyez l'article précédent, & le 329.*

Anciennement celui qui prenoit un héritage fief, l'acquéroit tant pour lui que pour ses enfans à l'infini, ensorte que le fief étoit comme substitué dans sa famille ; & de-là vient que le fief étoit propre à ses enfans, & qu'il étoit sujet à Retrait. Ce droit fut ensuite étendu aux héritages en roture ; & par conséquent, à suivre exactement les regles, il n'y auroit proprement que les descendans de l'acquéreur qui pussent retraire. Mais à présent, comme les parens qui

ne sont point descendus du premier acquéreur, sont réputés de la ligne & succedent aux propres, ils sont admis au Retrait, & ils excluent même les descendans de l'acquéreur, s'ils ont fait ajourner les acquéreurs avant eux. *Voyez* les notes sur les articles 326, 329, & particuliérement sur l'article 330, au commencement.

Les choses sont ainsi tant qu'il y a des parens du côté & ligne de celui qui a mis le premier l'héritage dans la famille; mais s'il n'y a point de parens de son côté & ligne, la question est de savoir si l'héritage peut encore être retrait. Il faut voir auparavant si dans ce cas l'héritage perd sa qualité de propre; & comme il n'est propre qu'à cause des héritiers du côté & ligne, il faut dire que quand il n'y a plus de ces héritiers il perd sa qualité. Si donc, par exemple, l'héritage cesse d'être propre en la personne du pere, il faut dire qu'il sera propre naissant en la personne du fils, & que par conséquent il sera sujet au Retrait. *Voyez les notes sur les articles 230, 330.*

ARTICLE CXLIII.

L'héritage est propre quand il est pris en échange pour un heritage propre, & il est sujet à Retrait.

Quand aucun a échangé son propre heritage à l'encontre d'un autre heritage, ledit heritage est propre de celui qui l'a eu par échange, & s'il le vend, il chet en Retrait.

Lorsque des biens sont communs à plusieurs personnes qui les possedent par indivis, soit à titre de *succession* ou autrement, chacune d'elles

a sa portion au tout & dans chaque partie du tout. Et quand elles partagent, après être convenus des lods, elles ne font autre chose que se désister réciproquement du droit que chacune a sur le lod de l'autre, afin qu'elles soient également propriétaires du leur. De sorte qu'en tout partage il est vrai de dire qu'il y a des *aliénations réciproques* & des *échanges*. Voyez la Loi 2, au Code *Communia utriusque judicii;* & la Loi 17, au Code *de prædiis minorum sine Decreto non alienandis.*

Or comme en *échange* il n'y a point régulièrement de *Retrait*, suivant cet article & le suivant, parce que l'héritage acquis est subrogé au *propre* aliéné & donné en échange, il s'ensuit que quand un mari a acheté un héritage d'un de ses parens auquel il étoit *propre*, & que par le partage de la communauté tout cet héritage échet ensuite aux parens de la femme, & passe ainsi dans une *famille etrangere*, il ne peut être *retrait* que pour *une moitié seulement*, c'est à-dire pour *la moitié* que la femme y avoit comme commune, & non pour la moitié que ses héritiers ont eue par le *partage* de la communauté, parce qu'ils ont eu cette moitié par *échange*, comme il est très-bien décidé par l'article 157, ci-après.

D'où il résulte que Me. *Auzannet* s'est trompé quand il a écrit que *cet article ne donnant le Retrait que pour moitié, il n'est pas juste.... Qu'il falloit d'abord l'admettre pour moitié, sans attendre l'événement du partage. Et que si par le partage la totalité de l'héritage demeure au lignager, le retrayant est exclu absolument de la demande en retrait; & qu'il y a pareille raison de le recevoir pour le tout, au cas contraire, quand la totalité de l'héritage échet à une personne étrangere, &c.* Et c'est ainsi qu'on corrompt le sens des Loix quand on ne veut pas se donner le temps de l'approfondir.

Des Mares, déciſion 198. Les Etabliſſemens, liv. 1, chap. 150. L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 34, p. 230, 236. *Tiraquell de retractu linear.* §. 1, *n.* 120, 121, *&c. Et Molin. in Conſ. Pariſ.* §. 13, *Gloſſ.* 6, *n.* 46, *&c.*

Quand aucun a échangé ſon propre héritage à l'encontre d'un autre heritage.] Il en faut dire de même ſi l'échange eſt fait d'un héritage avec une rente fonciere. *Voyez l'article* 129. Mais ſi une rente conſtituée & propre, due par un tiers, eſt échangée par le créancier avec un héritage, la queſtion eſt de ſavoir ſi cet héritage ſera ſujet au Retrait en cas qu'il ſoit vendu; & aux termes de cet article, il faut dire que non, parce que la rente à laquelle l'héritage eſt ſubrogé n'y étoit pas ſujette. *Vide Martinum de Jure Cenſuum, pag.* 313, & Brodeau ſur cet article, à la fin.

Je donne en échange un *héritage* qui m'eſt propre, & je reçois à contre échange une *rente conſtituée* à prix d'argent, au principal de 10000 liv. l'héritage que j'ai ainſi aliéné pourra-t-il être retrait par un de mes parens du côté & de la ligne dont l'héritage m'eſt advenu?

Il ſemble que non, parce que dans un tel contrat il n'y a nul argent débourſé; car le fonds de la rente n'étant pas exigible, on ne peut pas le regarder comme de l'argent comptant.

Cependant le mieux eſt de dire qu'un tel héritage eſt ſujet à *Retrait*, en rembourſant à celui qui le poſſede le principal de la rente, avec les arrérages. Et s'il en étoit autrement, il n'y auroit rien de ſi facile que d'éviter les Retraits, par des conſtitutions feintes & ſimulées pour quelque temps; ce qui ne doit pas être toléré, quoique les parens qui retraient ſoient ſouvent peu favorables à cauſe de leur mauvaiſe foi & de leurs faux-ſermens. Il faut ici remarquer que cet article

ne répute *propre* que *l'héritage* reçu par *échange* pour un *héritage propre* donné en contre-échange, ce qui exclut les rentes constituées.

ARTICLE CXLIV.

Le Retrait n'a pas lieu pour les Meubles.

Choses mobiliaires ne cheent en Retrait.

Quand ce sont des meubles précieux & de grandes maisons, M. Loisel met dans ses Institutes, lib. 3, tit. 5, regle 23, qu'ils sont sujets au Retrait. *Voyez* sur cette matiere M. Tiraqueau *de Retractu*, §. 1, *Gloss.* 7, *n.* 100.

ARTICLE CXLV.

En échange il n'y a point de Retrait si la soûte n'excede la moitié de la valeur d'un des heritages.

En échange s'il y a soûte excedante la valeur de la moitié, l'heritage est sujet à Retrait, pour portion de la soûte; mais si la soûte est moindre que ladite moitié, n'y a lieu au Retrait.

Voyez des Mares, décision 145. Les Etablissemens, liv. 1, chap. 151. *Mathæum de afflictis de jure protimiseos*, §. 3, *n.* 15, *Cragium de feudis*, *lib.* 3, *tit.* 4, §. 6, *pag.* 650, *in*-4°.

Anciennement dans les échanges avec soute, il y avoit Retrait, quoique la soute fût au-dessous de la moitié, ainsi que l'écrit l'Auteur du

grand Coutumier, liv. 2, chap. 34, pag. 238. A préſent il n'y a point de Retrait ſi la ſoute n'excede la moitié de la valeur de l'héritage.

Pour portion de la ſoûte.] Si deux font un échange, & ſi l'un donne une maiſon qui lui ſoit propre, de la valeur de 9000 liv. & l'autre des terres qui lui ſoient auſſi propres, de la valeur de 20000 livres; & ſi ce dernier reçoit de ſoute la ſomme de 11000 livres, la maiſon, aux termes de cet article, ne ſera point ſujette à Retrait, parce qu'elle eſt donnée en échange; par la même raiſon, il y aura des terres pour la valeur de 9000 liv. qui ne pourront point encore être retraites; & à l'égard du ſurplus, il pourra être retiré en rendant la ſomme de 11000 liv. parce que ce ſurplus eſt vendu, & qu'il peut être aiſément diviſé. Mais ſi la choſe étoit indiviſible, il faudroit néceſſairement ou tout retirer, ou renoncer au Retrait. *Voyez* l'article 154, avec la note.

Dans les partages des ſucceſſions il y a ſouvent des échanges, & ces échanges ſont ſujets comme les autres à la diſpoſition de cet article. *Voyez* ſur cette matiere Me. de Renuſſon dans ſon *Traité des Propres*, chap. 1, ſection 18; & Me. le Brun, *des Succeſſions*, liv. 2, chap. 1, ſection 1, n. 73, p. 125.

ARTICLE CXLVI.

L'Acheteur ne peut ni augmenter, ni déteriorer l'heritage pendant l'année du Retrait.

Durant l'an & jour du Retrait, l'Acheteur ne peut faire aucuns bâtimens

ne reparation, s'ils ne sont nécessaires; pareillement ne peut empirer l'heritage, & s'il le fait est tenu de le rétablir.

Des Mares, décision 213. L'Auteur du grand Coutumier, L. 2, chap. 34, p. 230, 231.

La raison est que l'acheteur, pendant l'an, n'est pas propriétaire incommutable. Si néanmoins les réparations sont nécessaires, il les peut faire faire après une visite d'Expert, ordonnée par le Juge, & le rapport de l'Expert duement entériné.

ARTICLE CXLVII.

L'Usufruit ne tombe point en Retrait.

Si aucun vend l'Usufruit de son propre heritage à personne étrange, ledit Usufruit ne chet en Retrait.

La premiere raison de cet article est que l'usufruit est une servitude, ou une charge temporelle, & un immeuble fictif, comme la rente constituée à prix d'argent, pour laquelle le Retrait n'a plus de lieu à présent. Et l'autre raison est que l'héritage auquel l'usufruit doit retourner, reste dans la famille. *Voyez* Covarruvias, livre 3, *Variarum resol. cap. XI*, *Curtium conjecturalium*, *lib. 3*, *cap. 13*, *tom. 2*; l'article 129, & M Tiraqueau *de Retractu lineari*, §. 1, *Gloss. 7*, *n. 55*.

Bouteiller dans sa Somme, liv. 1, chap. 70, pag. 415. *En voyage ou viage, n'a point de proximité, pour ce que n'est vendu qu'à temps; & le temps passé, la propriété en peut retourner au droit hoir; & pour ce, sur voyage, ne s'assiet sur proximité. Et ainsi a-t-il été jugé en la Cour de Parlement,*

entre certaines Parties, en l'an 1381. Et ce s'appreuve par la Loy écrite. Vide Masuerum in titulo. de retractu. Covarruviam, lib. 3, variar. cap. 11, & del Castillo de usufructu, cap. 74, n. 18; Gomesium ad Legem Tauri 70; Argentreum ad Consuet. Britanniæ, art. 219, Gloss. 5, n. 7. Et afflictum de jure protimiseos, §. *tota*; La Coutume de Melun, art. 133.

Chasseneuz, sur la Coutume de Bourgogne, rub. 10, *des Retraits*, §. 1; sur le mot *héritage*, n. 14; le Feron, sur la Coutume de Bourdeaux, tit. 2, *de Retractu*, §. 2, *p. 83*, *lin 15*, *edit. Lug. an. 1565*; & après eux Théodore Reinkingk, *de Retractu*, *q. 3*, *n. 3*, *p. 143*, ont été d'un avis contraire, abusant de ce qui est dit en droit, qu'*ususfructus est pars dominii*. Sur quoi voyez *Galvanus* dans son Traité *de Usufructu*, *cap. 26*, *p. 311*, *edit. 1650*.

ARTICLE CXLVIII.

Les fonds pris en engagement du Roi, sont sujets à Retrait.

Loges, Boutiques, Etaux, Places publiques achetées du Roi, & venans à succession, sont sujettes à Retrait.

La raison est que les ventes ou les engagemens de ces choses sont une espece d'aliénation. *Vide Tiraquellum de Retractu municipali*, §. 1, *Gloss. 14*, *n. 59*, *p. 225*, *edit. Lugdun. an. 1574*.

ARTICLE CXLIX.

Les Baux à longues années ſont ſujets à Retrait.

Baux à quatre-vingts dix-neuf ans, ou longues années ſont ſujets à Retrait.

Voyez la note ſur l'article précédent, *& Tiraquellum de Retractu municipali*, §. *1*, *Gloſſ. 3*, *n. 1*, *2*, *3*, *p. 42*, *edit. Lugdun. an. 1575.*

ARTICLE CL.

Le Propre vendu par Decret peut être retiré.

Propre heritage vendu par decret en jugement, par criées & ſubhaſtations, chet en Retrait.

La déciſion de cet article eſt d'autant plus juſte que, par les Loix Romaines, le *parent* de celui dont les biens étoient vendus par Juſtice, étoit préféré à l'étranger dans les encheres. *Vide Legem 1*, *Dig. de Privilegiis creditorum*, *Legem* Imperatores, *Dig. de Pactis.* Joignez l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 34, pag. 238; *Cujacium ad Legem* alienationes 13, *& Legem* ſi ſervus, *Dig. familiæ Creiſcandæ*, *lib. 7. Quæſtionum Papiniani Curtium*, *tom. 2*, *conjectural. lib. 3*, *cap. ult. Joann. Fabrum ad Legem ſi prædium*, *Codice de evictionibus. Argentr. in antiq. Conſuetud. Britan. art. 265*; *Tiraquellum de retractu Lineari*, §. *1*, *Gloſſ. 14*, *n. 10*; *Decium Conſil. 160*; *Jaſonem ad Legem cætera*, §. *ſed ſi paravit*, *Digeſtis de*

Legatis. Joannem de Platea ad Legem primam, Cod. de Fundis patrimon. lib. XI.

Propre héritage vendu par décret, chet en Retrait.] Il faut ici distinguer entre un premier & un second décret, c'est-à-dire, entre le décret qui est fait sur le parent propriétaire de l'héritage propre, & le décret fait sur l'étranger à qui ce propre a été adjugé, un débiteur a le domaine d'un héritage qui lui est propre. Cet héritage qui est saisi réellement, vendu & adjugé par décret, pourra-t-il être retrait sur l'adjudicataire?

Cet article décide que oui, quoique l'on puisse opposer au lignager retrayant, qu'il n'avoit qu'à enchérir pour exclure l'adjudicataire. Mais la raison de décider, est que tout héritage propre, saisi réellement, est censé vendu & adjugé par décret, à la charge tacite du Retrait.

Que l'on suppose que l'étranger adjudicataire de ce *propre* en la personne de qui il est *acquêt*, l'ait eu pour le prix de 30000 liv. & qu'il n'ait pas eu soin de faire ensaisiner, inféoder ni insinuer son décret, cet héritage *acquêt* en sa personne, est saisi réellement sur lui, & ensuite derechef vendu & adjugé par décret à une tierce personne, pour la somme de *quatre-vingts mille livres* payée comptant, pour être distribuée aux créanciers saisissans ou opposans. Le parent lignager du débiteur originaire, sur lequel le propre a été la premiere fois vendu par décret, pourra-t-il exercer le Retrait contre le *tiers* à qui l'héritage a été adjugé sur le second décret, & avoir ainsi, pour *trente mille livres*, l'héritage qui en a coûté quatre-vingts mille au second adjudicataire, & lui faire enfin ainsi courir le risque de perdre *cinquante mille livres* qu'il a données de plus?

Il semble que oui, suivant les principes établis

par les articles 398 & 400 de la Coutume d'Anjou ; mais le mieux eſt de dire le contraire, parce que dans le *premier cas* où le *propre* ſortoit de la famille, l'adjudication a été faite tacitement, à la charge du Retrait ; au lieu que dans le ſecond cas où l'héritage étoit acquis au premier adjudicataire, il n'a pu être adjugé au ſecond tacitement, ſous la même charge. De ſorte que le droit du lignager ayant de plus été purgé par ſon défaut d'oppoſition au ſecond décret, il eſt vrai de dire qu'il n'a plus eu d'action, & qu'ainſi il n'eſt plus en ſon pouvoir de venir contre le ſecond adjudicataire, qui n'a plus de pourſuites à craindre. *Voyez* les Commentateurs de la Coutume d'Anjou ſur les deux articles cités ci-deſſus, & Tiraqueau *de Retractu*, §. 12, Gloſe 1.

Mais ſi l'étranger qui a acquis le propre du lignager pour la ſomme de 300 o liv. & qui n'a pas fait inſinuer, inféoder ou enſaiſiner ſon contrat, le vend enſuite à un ſecond étranger, ſans décret, qui lui en donne 80000 livres; le lignager retirera ſur le premier contrat, en ne donnant que 3[illegible]000 livres, & non ſur le ſecond; ce qui doit être ainſi par deux raiſons. La premiere, parce que c'eſt par le premier contrat que le propre a été mis hors de la famille du premier vendeur. Et en ſecond lieu, parce que le premier acquéreur ne peut préjudicier au parent retrayant par une ſeconde vente. Cette queſtion ſe préſenta, en 1722, dans la maiſon de Vallancey; & quelques-uns répondirent mal, que le Retrait ne pouvoit être exercé que ſur le ſecond contrat, contre la diſpoſition de l'article 129, au commencement, qui ne donne le Retrait que quand *le propre a été vendu par un lignager à une perſonne étrange.* Voyez ſur l'article 156.

ARTICLE CLI.

L'heritage propre adjugé sur un Curateur aux biens vacans, ou un heritier bénéficiaire, peut être retiré.

Un heritage propre, adjugé par decret sur un Curateur aux biens vacans, ou sur l'héritier par benefice d'inventaire, est sujet à Retrait.

Les actions sont tellement inhérentes aux personnes de ceux qui ont contracté, que celles, par exemple, qui sont actives, ne passent qu'aux héritiers, & jamais à des étrangers, à moins qu'il n'y ait transport ou cession.

C'est par cette raison qu'on a été obligé d'introduire que les successions représenteroient les défunts, tant qu'il ne se trouveroit pas un héritier par qui elles seroient acceptées, & qui pourroit agir & être poursuivi.

Or comme les successions représentent les défunts tant qu'elles sont vacantes, il est évident que celui qui en est curateur, ou qui en a l'administration n'y fait aucune mutation, & que par conséquent le propre adjugé sur lui doit être sujet au Retrait, comme s'il avoit été vendu sur le défunt.

Quand un débiteur abandonne tous ses biens, ou en fait cession, ses actions lui demeurant encore attachées & inhérentes, parce qu'elles ne sont point transportées ni acquises par aucune autre personne; le curateur qui exerce ces actions le représente, & les biens adjugés sur le curateur peuvent, par cette raison, être retirés

comme s'ils avoient été adjugés sur le débiteur même.

A l'égard de l'héritier sous bénéfice d'inventaire, comme il est un véritable héritier, les héritages qui étoient propres au défunt, lui sont aussi propres, & ils doivent par conséquent être sujets à Retrait quand ils sont adjugés sur lui. *Voyez* Loiseau, *du deguerpissement*, liv. 6, n. 18.

ARTICLE CLII.

L'acquêt d'un défunt vendu sur le Curateur à ses biens, n'est pas sujet à Retrait.

Mais l'héritage d'acquêt d'un défunct adjugé sur le Curateur aux biens dudit défunct, n'est sujet au Retrait.

La raison est que les biens d'une hérédité vacante, ne passent point au curateur à titre de succession; il n'en est point propriétaire, mais il en a l'administration seulement, & par conséquent ces biens ne changent point de qualité en sa personne. Si donc ils étoient propres au défunt, ils demeurent propres pendant l'administration du curateur. Et au contraire, s'ils étoient acquêts au défunt, ils demeurent acquêts, & ils ne sont point par conséquent sujets au Retrait. Joignez la note sur l'article précédent.

ARTICLE CLIII.

L'Héritage déguerpi ou délaiſſé, & adjugé ſur un Curateur, ne peut être retiré.

L'Heritage adjugé ſur un Curateur, à la choſe abandonnée, n'eſt ſujet à Retrait.

Il y a de la différence entre le curateur aux biens vacans, & le curateur à la choſe abandonnée. *Voyez l'art. 34.*

Le curateur aux biens vacans, eſt obligé de faire ce que le défunt, ou celui qui a fait ceſſion auroit fait; il doit intenter les actions, il doit défendre à celles qui ſont intentées, enſorte qu'il repréſente le défunt, ou celui qui a fait ceſſion.

Le curateur à la choſe abandonnée n'eſt pas obligé à ces ſoins; il n'eſt proprement curateur qu'à l'effet de l'adjudication, & par cette raiſon il ne repréſente point celui qui a fait l'abandonnement.

De-là il s'enſuit que la choſe particuliere eſt réputée hors de la famille, du jour qu'elle a été abandonnée, au lieu que les biens vacans n'en ſont réputés dehors que du jour qu'ils ont été adjugés ſur le curateur.

Comme les biens vacans ne ſont réputés être hors de la famille, que quand ils ont été adjugés ſur le curateur, ces biens adjugés ſur le curateur doivent être ſujets au Retrait.

Et comme la choſe abandonnée eſt réputée hors de la famille du jour de l'abandonnement, elle ne peut point être ſujette au Retrait quand elle a été adjugée ſur le curateur, parce que ce n'eſt point par l'adjudication faite ſur le curateur

qu'elle eſt hors de la famille, & elle ne peut point encore être retirée ſur le curateur même, parce qu'il n'y a point de prix, puiſqu'elle n'eſt pas vendue, & qu'il n'y auroit pas d'apparence qu'un lignager, pour la retirer, voulût payer toutes les dettes pour leſquelles elle a été abandonnée. *Voyez* l'art. 344, & Loiſeau, *du Déguerpiſſement*, liv. 6, n. 18.

ARTICLE CLIV.

La portion indiviſe d'un Heritage propre, vendu par licitation, eſt ſujette au Retrait.

Portion d'heritage venduë par licitation qui ne ſe peut bailler par divis eſt ſujette à Retrait.

Eſt ſujette à Retrait.] Meſſieurs Loiſel, dans leurs notes manuſcrites ſur cet article, remarquent qu'à la réformation de cette Coutume on diſputa long-temps ſi l'on mettroit *eſt ſujette à Retrait*, ou *n'eſt ſujette à Retrait*; & qu'enfin il fut décidé pour l'affirmative. Voici leur note à ce ſujet: *on diſputa long-temps ſi l'on diroit* n'eſt *ou* eſt. *Et fut arrêté comme il eſt écrit. Toutefois cela méritoit bien que la Cour l'arrêtât, à cauſe de la raiſon de la Loi* Arbor, §. *de Veſtibulo*, *Dig. Communi dividundo.* De ſorte que ceux qui s'imaginent qu'il y a faute dans cet article, parce qu'il eſt conçu négativement dans la Coutume de Calais, ſont dans l'erreur.

Lorſqu'un fonds eſt poſſédé par indivis, par pluſieurs proprietaires, & ne peut être diviſé; s'il arrive qu'un de ces copropriétaires vende ſa

part indiviſe, quelques Coutumes permettent aux autres copropriétaires de la retirer, & le Retrait dont il eſt parlé dans la Coutume d'Aix, tit. 10, art. 17, 18; dans celle de Liſle, art. 19; & dans les Inſtitutes coutumieres de Loiſel, L. 3, tit. 5, art. 1, eſt appellé *droit de bienſéance & de Communauté.*

Or ſi celui qui poſſede un fonds indiviſément avec un autre, peut ainſi retirer la part que ſon copropriétaire a vendue, il s'enſuit que quand il a tout réuni en ſa perſonne, ſoit par licitation ou autrement, le lignager du copropriétaire qui s'eſt défait de la part, ne peut exercer le Retrait contre celui qui poſſede le tout; parce qu'il arriveroit que ce lignager le dépouilleroit non-ſeulement de ſa part nouvellement acquiſe, mais encore de celle qu'il avoit de ſon chef, en le forçant de la lui abandonner ou de revenir à une autre licitation. De ſorte que la Cour a très-bien jugé, par ſon Arrêt du 3 Mars 1650, que *cet article ne devoit pas être entendu d'un bien vendu par licitation, dont un des collicitans s'étoit rendu adjudicataire.*

Il n'y a donc lieu à la déciſion de cet article, que quand la choſe *indiviſe* a été adjugée à un *étranger.* Et ſi cette choſe étoit propre aux licitans, leurs lignagers pourront retraire la portion que chacun y avoit.

Que l'on ſuppoſe à préſent qu'il y ait deux licitans, dont l'un ait les *deux tiers* dans la choſe *indiviſible*, & l'autre le *tiers*; que cette choſe ſoit *acquêt* à celui qui en a les deux tiers, & *propre* à celui qui n'en a que le tiers; celui-ci pourra-t-il retraire ſon tiers de l'étranger à qui la choſe aura été adjugée par licitation. Cet article décide que oui, contre l'apoſtille de du Molin, ſur l'article 106 de l'ancienne Coutume. *Voyez* le

150 de la nouvelle, & les 195 & 196 de celle d'Orléans.

Eſt ſujette à Retrait,] lorſqu'elle eſt adjugée à un étranger, & l'étranger peut en ce cas, pour prévenir une autre licitation, obliger le lignager à tout retirer. *Voyez* Me. Soefve, Centurie 3, chap. 26, p. 243, tom. 1.

ARTICLE CLV.

Du Retrait de demi-denier.

Quand aucun heritage propre eſt acquis durant & conſtant le mariage de deux conjoints, dont l'un d'iceux eſt Parent lignager du vendeur du côté dont ledit heritage appartenoit audit vendeur, tel heritage ainſi vendu ne git en Retrait durant & conſtant ledit mariage; mais après le trépas de l'un deſdits conjoints, la moitié dudit heritage git en Retrait à l'encontre de celui qui n'eſt lignager, ou ſes hoirs s'ils ne ſont lignagers dudit vendeur, du côté & ligne dont ledit heritage appartenoit à icelui vendeur, dedans l'an & jour du trépas du premier mourant deſdits conjoints, ſuppoſé qu'il y eût ſaiſine ou inféodation priſe durant icelui mariage, en rendant & païant par le Retraïant, la moitié du ſort principal, frais & loïaux couts.

Coquille, Queſt. 139.

Quand aucun héritage propre eſt ACQUIS *durant & conſtant le mariage de deux conjoints*, dont l'un d'iceux eſt parent LIGNAGER DU VENDEUR, DU CÔTÉ DONT L'HÉRITAGE APPARTENOIT AUDIT VENDEUR, TEL héritage ne gît en *Retrait pendant le mariage ; mais, &c.*

Les Rédacteurs & les Réformateurs dans cet article, qui eſt de l'ancienne Coutume, poſent ici le cas de l'article 133, dans lequel *l'héritage propre* eſt acquis pendant *le mariage*, *par un lignager*, *d'un autre lignager ;* lequel héritage, ſelon nos Praticiens, *n'eſt propre que de Retrait ſeulement*, *& non propre de ſucceſſion*, par la raiſon de l'article 139, & le ſens qu'il leur plaît de lui donner.

Si l'on admet cette diſtinction chimérique, il faudra dire que le Retrait de *demi-denier* n'aura pas lieu toutes les fois que *l'héritage propre aura été acquis par un lignager*, *d'un autre lignager*, parce qu'une des *moitiés* de cet héritage étant, ſi on les croit, un *acquêt* dans la ſucceſſion *du lignager acquéreur*, il n'y auroit pas de bon ſens de donner le *Retrait* pour l'autre moitié à l'héritier des acquêts qui a déjà la premiere moitié, parce qu'étant étranger, il ne peut exercer aucun Retrait.

Que l'on ſuppoſe à préſent qu'un mari *retire par Retrait lignager*, pendant ſon mariage, *un héritage propre de ſon côté & de ſa ligne.* Ce mari meurt ſans enfans, & ne laiſſe que des *collatéraux.* Y aura-t-il, en ce cas, lieu *au Retrait de demi-denier?* Cet article dit que oui ; mais, ſelon nos Praticiens, il faudra dire que non, parce que, ſuivant le ſens qu'il leur plaît de donner à l'article 139, *l'héritage retiré par Retrait lignager, n'eſt propre que de ſucceſſion ſeulement, & ne l'eſt pas de Retrait.* Ce qui eſt contre toute raiſon.

Tel héritage ne git en Retrait durant & conſtant le mariage.] La raiſon eſt que, dans ce cas, ſi l'on donnoit le Retrait pour la moitié de l'héritage, on le donneroit pour le tout; parce que le *conjoint non lignager* auroit encore la moitié indiviſe dans la moitié qui ſeroit reſtée au conjoint lignager; laquelle moitié indiviſe, qui eſt un quart au total, pourroit être encore retraite; enſorte qu'en retirant ainſi ſucceſſivement ces moitiés de moitiés ſur le *conjoint non lignager*, tout ſe trouveroit retiré au préjudice du *conjoint lignager.*

Les difficultés qui furent propoſées à l'occaſion de cet article. qui eſt de l'ancienne Coutume, ont été décidées par les deux articles ſuivans, qui ſont de la nouvelle.

Lorſqu'un mari, qui eſt en communauté avec ſa femme, acquiert un héritage propre d'un de ſes parens, cet héritage lui eſt propre auſſi par l'article 133, & il ne peut être retrait pendant la communauté, par la raiſon qui vient d'être rapportée, & d'ailleurs, parce qu'il pourra arriver un jour que cet héritage reſtera au mari à qui il eſt propre.

S'ils ont *des enfans* de leur mariage: ou le mari décédera le premier, ou ce ſera la femme qui décédera la premiere.

Si le mari *décede le premier*, il n'y a *point de Retrait* contre les enfans ſes héritiers, parce qu'ils ſont lignagers comme lui; & il n'y en a point encore contre la femme, parce que ſes enfans ſont en ligne. *Voyez l'article ſuivant.*

Si la femme décede la premiere, il n'y a point pareillement de Retrait, parce que le pere ſurvivant, & les enfans héritiers de leur mere, ſont également lignagers. *Voyez l'article 156.*

S'ils n'ont *point d'enfans*: ou le mari mourra encore le premier ou la femme.

Si le mari *décede le premier*, le lignager le plus diligent sera obligé dans l'an & le jour de son décès d'intenter *son action en Retrait* contre *la veuve*, & de faire ses protestations.

Et si par le partage de la communauté *l'héritage échet à la veuve*, il poursuivra son action.

Et enfin, si la femme décede la premiere, il n'y aura lieu au Retrait qu'en cas que par le partage le propre échoie à ses héritiers. *Voyez l'article 157.*

Tel heritage git en Retrait,] dont l'action peut être intentée par le plus proche parent de côté & de ligne, selon l'article 141.

Mais après le trépas de l'un des deux conjoints, la moitié dudit heritage git en Retrait à l'encontre de celui qui n'est lignager.] Si nous en croyons nos Praticiens, il y a ici erreur; car, selon eux, le propre *acheté* par un mari lignager, d'un autre lignager, étant un *acquêt* dans la *succession* du mari, & appartenant à son héritier des acquêts, à l'exclusion de l'héritier des propres, il faudra tenir pour certain que cet héritage sera sujet à Retrait pour le tout, puisqu'il sort entier hors de la famille; ensorte que le plus proche parent du côté & de la ligne du mari pourra intenter son action en Retrait contre l'héritier des acquêts, pour en avoir une *moitié*; & son action en Retrait contre la veuve ou ses héritiers, pour avoir l'autre.

Cependant les Réformateurs dans cet article, comme toutes nos autres Coutumes, ne donnent l'action en Retrait que pour une seule moitié contre la veuve ou ses héritiers. Quelle en est la raison? C'est que l'autre moitié que les Praticiens soutiennent ridiculement être un acquêt, est un véritable propre qui appartient au plus proche parent de côté & de ligne, contre lequel il ne peut y avoir de Retrait.

ARTICLE CLVI.

Le Retrait n'a point de lieu contre un Acquéreur étranger, ſi ſes enfans ſont parens de côté & ligne.

Quand celui qui n'eſt en ligne, a des enfans qui ſont en ligne, Retrait n'a lieu.

Cet article eſt une exception au 141.

Quand un étranger acquiert un propre, le Retrait eſt auſſi tôt ouvert au profit des parens lignagers du vendeur; & le plus diligent d'entr'eux eſt préféré.

Cela eſt vrai ordinairement. Mais il en eſt autrement quand cet étranger, qui a acquis le propre, a des enfans qui ſont parens du côté & ligne du vendeur; & la raiſon en eſt que ſi dans ce cas on donnoit le Retrait contre le pere au parent le plus diligent du vendeur, on le donneroit implicitement contre les enfans lignagers, ce qui ne ſe peut dans cette Coutume, où le lignager ne peut pas exercer le Retrait contre un autre lignager.

On pourroit ici demander s'il y auroit lieu à la diſpoſition de cet article, dans le cas où l'étranger qui a acquis le propre, auroit non des *enfans*, mais des *neveux* en ligne qui ſeroient ſes héritiers préſomptifs; & il faut dire que non, parce que la ſucceſſion des peres eſt due aux enfans & aux petits enfans, & que celle des *oncles* n'eſt pas due aux neveux; & d'ailleurs, parce que des neveux peuvent plus décemment exercer le Retrait contre un oncle, que des enfans contre un pere ou une mere.

Un homme devient veuf, avec un enfant de sa femme prédécédée & de lui. Cet homme achete de son *beau-frere* un *héritage propre*. Cet héritage sera-t-il sujet au Retrait de la part des parens du côté & ligne du vendeur, frere de la femme prédécédée?

Cet article décide que non, en nous donnant pour regle, que *quand celui qui n'est en ligne a des enfans qui sont en ligne, Retrait n'a lieu.* Il est évident, dans l'espece proposée, que le pere qui acquiert cet héritage de son *beau-frere*, n'est pas de son côté & ligne; mais comme *l'enfant* est neveu du vendeur, on ne peut disconvenir qu'il ne soit de son *côté & ligne;* & ainsi il n'y a nul doute que tant que *l'enfant vivra*, aucun parent lignager de l'oncle ne pourra exercer le Retrait, parce qu'en exerçant le Retrait contre le pere, on l'exerceroit tacitement à l'égard de l'enfant, contre la disposition de plusieurs de nos Coutumes qui décident que *lignager n'use de retenue sur un autre lignager.*

Mais, dira-t-on, cet *héritage propre* que le *beau-frere* a vendu, n'a-t-il pas été *acquêt* dans la personne du pere; & ayant ensuite passé à l'enfant comme héritier de son pere, n'a-t-il pas été à l'enfant un *propre naissant paternel;* & cela étant, par quelle raison cet enfant empêchera-t-il que les parens du côté & de la ligne de la mere prédécédée & de l'oncle son frere, ne puissent exercer le Retrait contre le pere acquéreur?

Il faut dire nécessairement que cet héritage acquis par le pere doit être considéré en la personne de l'enfant, lorsqu'il l'aura, non comme un propre naissant *paternel*, mais comme un *propre du côté & de la ligne* de son oncle maternel, tout ainsi que si l'enfant avoit usé du Retrait contre son propre pere; de sorte que si cet

enfant, qui a confondu en sa personne l'action en Retrait, vient à décéder sans enfans, cet héritage, comme propre du côté & de la ligne de sa mere, ou ce qui est la même chose, du côté & de la ligne de son oncle *maternel*, appartiendra au plus proche parent maternel, mais en rendant le prix au plus proche parent du côté & de la ligne du pere, ce qui doit encore servir d'exception à l'article 250.

Quand celui qui n'est en ligne, &c.] Selon l'article précédent, *quand aucun héritage propre est acquis durant & constant le mariage de deux conjoints, dont l'un d'iceux est parent lignager du vendeur du côté dont ledit héritage appartenoit audit vendeur, tel héritage ainsi vendu ne git en Retrait.* Et selon cet article, *quand* le survivant de deux conjoints, *qui n'est en ligne, a des enfans qui sont en ligne, Retrait n'a* encore *lieu;* la raison est qu'il y a lieu d'espérer, dans l'un & dans l'autre cas, que l'héritage rentrera dans la ligne.

Quoiqu'en général le Retrait n'ait point lieu, *quand celui qui n'est en ligne a des enfans qui sont en ligne*, on a néanmoins demandé si les enfans qui sont en ligne peuvent exercer le Retrait contre leur pere ou mere survivans, qui ne sont point en ligne. Nos Auteurs sont partagés sur ce point, & cependant ils conviennent que l'enfant d'un premier lit qui est en ligne, peut agir en Retrait contre son pere ou sa mere survivans, qui ne sont point en ligne, s'ils ont des enfans d'un second lit; ce qu'ils disent avoir été jugé par Arrêt du 22 Décembre 1639, entre Pierre Boutelier pere, & Jacques Boutelier son fils.

Mais nous apprenons de M. *Bardet*, qui a rapporté cet Arrêt dans son Recueil, liv. 8, ch. 42, que Jacques Boutelier étoit fils unique. Ainsi l'Arrêt a jugé indistinctement, que le fils en ligne peut

peut exercer le Retrait contre le survivant de ses pere & mere, qui n'est point en ligne; comme il est décidé par l'article 397 de la Coutume d'Anjou, sur lequel il faut voir le Commentaire de *du Pineau*, où il traite plusieurs questions qui peuvent servir à l'interprétation de cet article.

Retrait n'a lieu.] Parce que l'exercice de l'action en est suspendu tant que les enfans qui sont en ligne sont vivans. Mais s'ils décedent tous pendant la vie de leur pere ou mere acquéreurs étrangers, le parent le plus diligent du côté du vendeur, dans l'année du dernier enfant décédé, peut intenter son action en Retrait. Il en est de même si le pere ou la mere acquéreurs donnent à un étranger le propre héritage qu'ils ont acquis, que le parent le plus diligent aura, en rendant le prix de leur acquisition. Et s'ils vendent ce propre au lieu de le donner, ce sera pareillement sur le *premier contrat* qu'il retirera, & non sur le *second*, parce que ce n'est pas par le second contrat que le propre a été mis hors de la famille du vendeur, mais par le premier; ce qui est très-bien expliqué par l'article 205 de la Coutume de Blois, qui porte que *si l'héritage sujet à Retrait est vendu par le premier acquéreur plus grande somme de deniers qu'il ne baille au parent & lignager de celui qui le demande à avoir pour cause de Retrait, en ce cas, ledit lignager n'est tenu de rembourser ledit second acquéreur, que de la somme payée au premier vendeur.* Voyez Brodeau sur l'article 156, nombre 1; *Loisel* dans ses *Institutes*, liv. 3, tit. 5, reg. 31; *Duplessis*, des *Retraits*, chap. dernier; *Riccard* sur l'article 155; & M. *le Camus*, sur l'article 157, n. 17. Ceux qui donnent un autre sens à cet article ne l'entendent pas. *Voyez la note sur l'article 150.*

Mais la question est de savoir dans quel temps

les enfans qui sont en ligne pourront agir contre leur pere ou mere qui ne sont pas en ligne. Quelques-uns ont été d'avis qu'il falloit suivre à cet égard la décision de l'article 130, & que les enfans n'ont qu'un an & un jour, à compter du jour de l'inféodation & de l'ensaisinement obtenus par leur pere.

Mais si cela est, *les enfans en ligne* seront donc de pire condition que les parens collatéraux de celui qui a mis le propre hors de la famille, car les collatéraux pourront agir en Retrait contre le tiers étranger à qui le pere aura vendu vingt ou trente années après son acquisition. Ce que les enfans ne pourront pas faire, puisqu'après l'année de la saisine & de l'inféodation obtenues par leur pere, ils ne le pouvoient plus suivant cet avis. Et il n'y a personne qui ne sente qu'il y auroit là de l'injustice.

Le mieux seroit donc peut-être de dire que les enfans en ligne peuvent retraire tant qu'en leur *faveur* les parens collatéraux ne peuvent user de Retrait, & qu'ils le peuvent comme les collatéraux, dans l'année & le jour de l'ensaisinement & de l'inféodation obtenus par l'étranger qui aura acquis le propre, si le pere l'a fait passer dans une autre famille que celle de son vendeur. Et la raison est qu'il ne paroît pas juste que l'an & le jour du Retrait courent contre ces enfans qui ne peuvent poursuivre leur pere sans se brouiller avec lui, & ce dans le temps qu'en leur faveur les poursuites de tous les autres parens collatéraux du premier vendeur sont suspendues, & qu'ils sont ainsi dans l'impossibilité de rentrer dans le propre aliéné.

Quelques-uns restraignent cet article, au cas où le survivant des conjoints, qui n'est point en ligne, est propriétaire *de la moitié* d'un propre

acquis pendant la communauté ; & leur raison est que cet article est une suite du précédent, qui traite du Retrait de demi-denier. Mais quoique l'acquisition du propre ait été faite après la dissolution du mariage, le mieux est de dire que le Retrait n'a point encore lieu, quand il y a des enfans en ligne, parce qu'il y a parité de raison.

ARTICLE CLVII.

Si par partage l'heritage propre sort entier hors de la ligne, il est sujet au Retrait pour la moitié.

Et si par partage l'heritage sort hors la ligne, il est sujet à Retrait pour moitié, pourvû toutefois que le Retraïant ait intenté son action, & sur icelle protesté dedans l'an du decez de celui des deux conjoints qui lui est parent.

Cet article n'a pas encore été nettement expliqué, & en voici le véritable sens :

Quand un héritage propre à celui qui le vend, est acquis pendant le mariage de deux conjoints, dont un est parent lignager au vendeur du côté & ligne, selon l'article 155, dans l'an & jour après le trépas de l'un desdits conjoints, la moitié de l'héritage *gît en Retrait*. Mais quoique cette moitié *gisse en Retrait* immédiatement après le trépas de l'un des conjoints, le lignager qui veut retraire, ne peut d'abord qu'intenter son action, & protester ensuite sans poursuivre, jusqu'à ce que les biens communs aient été partagés ; parce qu'il peut arriver que par le partage, l'héritage entier retourne à la ligne. Si donc l'hé-

Universitas
BIBLIOTHECA

ritage retourne au survivant qui est de la ligne, ou aux héritiers qui sont lignagers du vendeur, l'action en Retrait demeure inutile ; & si par le partage il est mis tout entier hors de la famille, il est sujet au Retrait, non pour le tout, parce qu'il y a une des moitiés qui a été échangée par le partage, laquelle ne peut point être retirée, suivant l'article 145, mais pour l'autre moitié seulement, parce qu'il n'y a que cette seule moitié qui soit sortie de la famille à titre d'achat & de vente ; de sorte qu'en ce cas, quoique tout l'héritage se trouve transporté en main étrangere, le lignager ne peut pas plus retraire que si l'héritage avoit été divisé par moitié quand les biens de la communauté ont été partagés.

Et si par partage, &c.] Cet article, comme le cinquieme ci-dessus, qui sont l'un & l'autre de la nouvelle Coutume, sont fondés sur les mêmes principes. Ce qu'on n'a pu encore faire entendre quoiqu'on se soit expliqué nettement à ce sujet dans la premiere édition de cet Ouvrage.

Quand deux conjoints ont acquis *un fief* pendant leur communauté ; si le mari décede le premier, la femme qui a la *moitié* dans ce fief, comme commune, n'en doit aucun profit au Seigneur féodal, parce que son feu mari en a payé les droits, tant pour lui que pour elle.

Quant aux héritiers du mari, s'ils sont en *ligne directe*, ils ne doivent rien aussi pour leur moitié, selon l'article 3. Et s'ils sont en ligne *collatérale*, ils en doivent le relief par l'article 33.

Comme les droits féodaux ont été acquis au Seigneur dès l'instant du décès du mari, les héritiers en ligne *collatérale*, saisis de leur *moitié* de ce fief, n'en ont dû le relief que pour cette *moitié*, comme on vient de le dire.

Et si ensuite il y a *partage* de la communauté

entre la *veuve* & les heritiers *collatéraux* du mari, & si par ce partage tout le *fief* échoit à la veuve, elle sera seulement tenue du relief pour la *moitié* des héritiers collatéraux, sauf son recours contre eux; mais de son chef, pour *sa moitié*, elle ne devra rien. *Voyez* du Molin, sur l'art. 22 de l'ancienne Coutume, nombre 142, 69, 70, 71, &c. & ci-dessus l'article 80.

Et si, au contraire, par le partage *tout le fief échoit aux héritiers collatéraux*, ils ne devront le *relief* que pour leur *moitié* seulement, & non pour la *moitié* de la veuve, & ce par deux raisons; la *premiere*, parce qu'elle ne devoit rien de son chef, comme commune; la *seconde*, parce qu'il n'est rien dû pour les *licitations* & les partages, selon l'article 80.

Et comme dans tous les partages il y a échange lorsque tout le fief échoit aux parens collatéraux & leur est propre pour le tout, savoir, *une moitié* par succession, & l'autre *moitié* par *partage* & *échange*.

Que l'on suppose à présent que ce fief ait été acquis d'un parent du mari à qui il étoit *propre*, ou que les conjoints qui l'ont acquis aient eu des enfans parens du vendeur, lesquels soient décédés.

Le mari meurt ensuite sans enfans, & laisse des héritiers *collatéraux* qui partagent la *communauté* avec la *veuve* à qui tout le fief échet, il est évident que la *moitié* qu'elle a *de son chef*, dans ce fief, est *sujette à Retrait*; & qu'à l'égard de l'autre *moitié* qu'elle a par *le partage*, elle n'y est pas sujette, par la raison qu'en *partage* & en *échange*, il n'y a point de *Retrait*, selon l'art. 143. Et c'est pour cela que cet *article*, fait par des personnes habiles, & après une grande méditation, ne donne en ce cas le Retrait que pour

moitié seulement. Ce que Riccard n'a pas compris, comme plusieurs autres.

Mais en continuant la même espece, si dans la communauté il s'étoit trouvé une somme considérable, qui fût échue au lod des cohéritiers, on pourroit peut-être, dans ce cas, suivre l'avis de Riccard & des Commentateurs, & dire que tout le fief pourroit être retrait. *Voyez* du Molin sur le §. 22, n. 6, & ci-dessus l'art. 145.

Pourvu toutefois que le Retrayant ait intenté son action, & sur icelle protesté dedans l'an du décez de celui des deux conjoints qui lui est parent.] Voyez ce qu'on a observé sur l'art. 155.

ARTICLE CLVIII.

Celui qui ne peut succeder, ne peut retraire.

Qui n'est habile à succeder, comme un bastard, ne peut venir à Retrait lignager.

Qui n'est habile à succeder, &c.] Cela signifioit anciennement que celui qui n'étoit pas parent du côté & de la ligne d'où l'héritage provenoit, ne pouvoit le retirer, parce qu'il ne pouvoit y succéder; ce qui est encore en usage aujourd'hui, par la raison de l'article 129, quoique suivant l'article 330, les parens d'une ligne succedent aux propres, au défaut des parens de l'autre ligne. L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 34, pag. 240, lig. 13. *Qui n'est habile à succéder, ne peut venir à retrait.* Exemple: *Si un homme a une femme, & durant leur mariage acquierent quatre livres de rente; ils ont un enfant, lequel, après leur trespas, vend lesdites quatre livres de rente;*

il advient qu'un des cousins-germains veult avoir ladicte rente par retrait ; dict & reproché lui est, qu'il n'en peut avoir que la moitié pour ce qui n'est que du costé du pere, & pour ce que c'est conquest, l'autre moitié estoit de par la mere. Car s'ils fussent decedez sans hoirs de leurs corps, les héritiers eussent eu leur part chascun pour son costé ; & ainsi en a esté jugé.

Il faut encore remarquer qu'anciennement à Paris, le droit de retraire étoit donné au plus proche parent, comme il paroît par ce qui suit de l'Auteur du grand Coutumier, chapitre 34, page 234.

Quæritur, *quand aucun du lignage l'a retraict, un autre plus prochain d'icelle lignée en ladicte ligne, l'aura il par Retrait ?* Respondetur, *ou l'an & le jour de la vente, & non mie du retrayeur sont passées ou non, sinon il vient assez à temps à le retraire, & l'aura par Retrait*, si infrà illud tempus faciat adjornamentum, & alia in illâ causâ necessariâ ; *mais s'ils sont passez, ou s'il n'a fait son adjournement*, infrà dictum tempus, *il ne l'aura pas.*

Quæritur, *l'un des trois freres retraict, les autres peuvent-ils iceluy droit reclamer en Retrait, chascun pour sa portion*, respondetur : *S'ils viennent ensemble, chascun aura sa portion dudit Retraict : & si chascun vient à part, le premier aura tout le Retrait. Car, selon l'usage dudit pays, qui veut retraire doit maintenir & approuver qu'il soit plus prochain, & n'y suffist*, eandem vel æqualem proximitatem allegare. *Voyez* Bouteiller dans sa Somme, liv. 1, chap. 70, pag. 114, vers la fin.

Comme un parent *éloigné* ne se peut dire habile à succéder à un défunt, lorsqu'il y a des parens *plus proches* que lui, il y avoit lieu de dire,

ce semble, que le parent éloigné ne se pouvoit dire aussi habile *au Retrait*, lorsqu'il y avoit des parens plus proches que lui. D'un autre côté, si le parent éloigné ne succédoit pas, ce n'étoit pas parce qu'il étoit *inhabile* ou *incapable* de succéder, mais parce que le plus proche parent qui se présentoit l'excluoit. Et pareillement, si anciennement le parent ne pouvoit retraire, ce n'étoit pas parce qu'il étoit incapable & inhabile à exercer le Retrait, mais parce que le plus proche parent l'excluoit. Tout parent, pourvu qu'il soit du côté & ligne, étant donc par lui-même habile au Retrait, on en a usé en quelque façon en cette matiere, comme en matiere de gage, & l'on a voulu que *qui pri or effet tempore potior effet jure*, & par-là l'on a mis fin à beaucoup de fraudes & de procès.

Comme un bastard.] Cela a été mis pour nous marquer qu'il n'y a aujourd'hui que ceux qui ont une incapacité personnelle de succéder, qui ne peuvent pas retraire.

ARTICLE CLIX.

Le parent lignager du Vassal peut exercer le Retrait contre le Seigneur feodal.

Le fief venant de propre vendu par le Vassal, & retenu par puissance de fief par le Seigneur feodal, peut être retrait par l'un des parens & lignagers du vendeur, de l'estoc & ligne dont il est procédé, dans l'an & jour que ledit fief a été retenu par puissance de fief, & ladite retenuë publiée en Jugement au plus prochain Siege roïal.

Voyez la note sur l'article 22.

Voici le Mémoire dont j'ai parlé plus haut, & que j'ai fait pour établir qu'un héritage propre, vendu par l'aïeul à son petit-fils, a été également un propre dans la personne de ce dernier; & que dans la succession de sa fille, son héritiere, il doit appartenir aux héritiers qui sont du côté & de la ligne dont le propre est venu au petit-fils acquéreur.

MÉMOIRE

POUR JEAN OURSIN, Ecuyer, Secrétaire du Roi, Receveur-Général des Finances de Caën, Héritier de Demoiselle Charlotte-Lucie de Costentin, quant aux propres du côté & de la ligne de Briou, comme étant aux droits du Sieur Abbé le Bossu;

CONTRE M. le Gras, Maître des Requêtes, M. Fraguier, M. de Catinat, & Consorts.

IL ne s'agit ici que de savoir si un héritage *vendu par un aïeul* à son *petit-fils*, à la charge de payer *ses dettes*, a été *un propre* dans la personne du *petit-fils* acquéreur, seul & unique héritier présomptif; ou si le *petit-fils* l'ayant eu d'abord comme *acquêt*, il a été ensuite un *propre naissant*, en la personne de sa fille, son unique héritiere.

Une telle question n'auroit pas dû faire de la peine, parce qu'elle est précisément *décidée* par les articles 133, 139 & 155 de la Coutume de

Paris. Mais comme il y a eu des personnes qui en ont corrompu le sens, pour profiter d'une prétendue obscurité qu'ils y trouvoient, & qui n'y est pas, on fera ses efforts pour les expliquer & les faire entendre, en les conférant encore une fois avec les Arrêts rendus dans l'ancienne Coutume, & les anciens Praticiens d'où ils ont été tirés, avec les Arrêts rendus dans la coutume nouvelle qui les ont confirmés, & enfin en les conférant les uns avec les autres.

Dans un premier Mémoire imprimé & répandu dans le Public, on a fait voir que cet héritage *vendu par l'aïeul*, étoit dans la personne du *petit-fils acquéreur*, un *propre* du côté & de la ligne du vendeur, & qu'il avoit conservé cette même nature *de propre* en la personne de la fille, héritiere du petit-fils, ce qu'on a prouvé.

1°. Par l'autorité de *Jean Faber*, ou Jean Faure, dont Tiraqueau rapporte fidélement les termes dans son *Traité du Retrait lignager*, §. 32, num. 43, 44. *Joannes Faber omnium primus asseverat id non censeri acquisitium*, &c.

2°. Par celle de *l'Auteur du grand Coutumier de France*, qui vivoit sous Charles VI & Charles VII, page 227, où il dit que par *quelque maniere qu'aucune chose soit descendue à aucun du lignage*, du côté dont il est lignager, soit *pour cause* D'ACHAT, don, échange, ou autrement; en ce cas ne lui est pas réputé CONQUÊT, *mais est réputé en ce cas pour* HÉRITAGE TENU EN LIGNE, & ainsi que *peut estre remué & transporté de l'un à l'autre du* lignage, *jusques à ce qu'il soit transporté hors de la ligne.*

3°. Par l'article 175 de *l'ancienne Coutume de Paris*, rédigée en l'année 1512, qui conformément à l'Auteur du grand Coutumier, dit que *si aucune* personne ACQUIERT *un héritage* PROPRE

de son parent, du COSTÉ *& ligne dont il est parent, & il* VEND *ledit héritage, tel héritage chet en Retrait*, & est par conséquent un propre.

4°. Par un Arrêt du 14 Mars 1550, produit au procès, & rapporté par *Corbin* dans ses droits de Patronage, tom. 2, pag. 669, 670, par lequel la Cour jugea alors, qu'une *maison propre achetée par* un Procureur au Parlement, nommé *Thibaud de Vitry, d'un cohéritier*, étoit un *propre dans sa succession*. Ensorte que ses héritiers des propres, saisis d'une *moitié*, pouvoient avoir l'autre par Retrait, en rendant le demi-denier aux héritiers de la veuve.

5°. Par un Arrêt du 22 Décembre 1564, rapporté par le Vest, chap. 192, page 943, qui a décidé dans l'ancienne Coutume, que *les héritages paternels devoient estre adjugés à ceux qui étoient du costé paternel, combien qu'ils fussent plus loingtains en dégré que les héritiers du costé maternel.*

Que par donation on ne pouvoit changer la nature d'iceux, ni les oster de l'état de la famille d'où ils étoient sortis.

Et qu'enfin on ne pouvoit présumer qu'aucun prît par donation, ce que par succession, ou autrement, lui devoit appartenir, même en ligne collatérale.

6°. Par un Arrêt du 9 Juillet 1569, aussi dans l'ancienne Coutume, cité par *Labbé* sur l'art. 133 de la nouvelle, qui a jugé qu'un héritage retiré par Retrait lignager, étoit *propre* au retrayant.

7°. Par un autre Arrêt du 7 Septembre 1570, encore dans l'ancienne Coutume, cité par le même *Labbé* sur l'art. 139 de la nouvelle; par *Guenois*, au même endroit, & rapporté par *Papon* dans son Recueil, livre XI, par lequel *il fut jugé qu'un héritage retiré par Retrait, étoit un propre dans la* succession *du retrayant.* Ce qui mérite attention.

8°. Par l'article 133 de la nouvelle Coutume de Paris, qui étoit le 175e de l'ancienne, auquel les Réformateurs ont ajouté ces mots, *auquel cas peut auſſi retraire le premier* vendeur, *comme ne l'ayant au précédent mis hors de la ligne.*

9°. Par l'article 139 de la nouvelle Coutume, qui, ſuivant l'Arrêt du 7 Septembre 1670, cité deſſus, au nombre 7, & celui du 14 Mars 1550, cité au nombre 4, décide que *l'héritage retiré par Retrait lignager, eſt tellement affecté à la famille, que ſi le retrayant meurt délaiſſant un héritier des propres & un héritier des acqueſts, tel héritage doit appartenir à l'*héritier des propres *de la ligne dont il eſt venu, & iſſu ledit héritage, &c.*

10°. Par l'autorité de Me. Charles du Molin, dans ſa note ſur l'article 172 de la Coutume de Blois, où il a mis ces paroles remarquables, *ſi heredium detur à conjuncto, remanet antiquum ex latere illius.*

11°. Par l'autorité du célebre *Pithou*, dans ſon Commentaire ſur l'article 141 de la Coutume de Troies, où il dit, que ſi on donne ſon propre à ſon héritier collatéral préſomptif, auquel on devoit ſuccéder, *la choſe donnée ne doit tenir au donataire nouvelle nature d'acqueſt, & autrement que ce ſeroit faire ouverture de tranſporter le bien d'une ligne en une autre* A quoi il ajoute, que tel avoit été l'avis de M. Mangot au procès de Rollet contre Emeron, pour la Terre de Villiers-le-Vineux, au mois de Mars 1578.

12°. Par l'autorité du *judicieux Coquille*, Auteur incomparable, dans ſon Commentaire ſur l'article 28 de la Coutume du *Nivernois*, au titre *des Gens mariés*, page 282, où il dit que, *de ce lieu* ou de cette *diſpoſition*, on peut tirer l'argument, que *ſi un parent donne à ſon parent au ſixieme degré ſon héritage ancien, qui en cas de ven-*

dition seroit sujet à Retrait, tel héritage donné n'est pas CONQUÊT, *ains est vray héritage ancien au donataire, quoiqu'il ne fût plus proche en degré de succéder.*

13°. Et enfin, par l'autorité de *Brodeau*, dans son Commentaire sur M. Louet, Lettre A, sommaire 2, nombre 11, où il nous donne pour regle, & dit qu'il a vu toujours *tenir pour maxime au Palais, que la donation pure, simple, ou mutuelle du patrimoine*, ou ancien héritage, faite à ceux *de la ligne, soit en ligne directe ou collatérale*, ne les met *point hors de la ligne*, quand même la clause, pour *demeurer propre* au donataire, n'y seroit pas, parce que *l'intérêt commun* & public de conserver les propres *dans les familles*, la fait présumer & *suppléer*, *&c.*

On croyoit, comme on l'a dit, après tant de preuves si précises & si authentiques, que le premier Mémoire répandu dans le Public, auroit peu de contradicteurs, & l'on se flattoit que ceux qui les auroient sérieusement examinées & vérifiées, déféreroient une à Jurisprudence uniforme, suivie dans tout le Royaume pendant plus de quatre cens années, & qu'ils conviendroient de bonne foi, que tout *héritage propre donné, ou vendu en ligne collatérale ou directe*, sans distinction, à *un parent de côté & de ligne*, est constamment, suivant nos mœurs, un propre, tant de *Retrait que de succession.* Mais on a appris que les sentimens s'étoient trouvés contraires.

Chez quelques-uns la cause défendue dans le Mémoire précédent, n'a pas seulement été écoutée attentivement, & toutes les raisons qui y ont été expliquées & discutées avec tant d'exactitude, ont été traitées de fatras, regardées comme des recherches superflues, plus curieuses qu'utiles, & qui ne méritoient pas d'être lues.

Ainſi, ceux-là prévenus contre toute raiſon, & ſans vouloir entrer dans aucun examen, ont dit d'abord, que dans le cas propoſé, le *petit-fils ayant acquis de l'aïeul*, comme étranger, l'héritage *propre vendu*, qui auroit été un *acquêt* dans la perſonne d'un étranger, devoit être auſſi *un acquêt* dans *la ſienne*. Et comme on ſe tire toujours d'affaire en ſuppoſant des uſages qui ne ſont pas, & qu'on ne peut prouver, c'eſt ainſi, ſelon eux, *que l'on vit à préſent*. La Cour ayant décidé cette queſtion en la ſeconde Chambre des Enquêtes, par un Arrêt du 16 Février 1647, rapporté par Dufreſne dans ſon Journal, liv. 5, chap. 6. Et s'il y a des diſpoſition contraires dans nos Coutumes, ce n'eſt plus, diſent-ils, qu'une *Juriſprudence uſée*, qui ne peut être alléguée que par des gens qui ne ſavent pas la pratique du Palais.

Les autres plus juſtes, plus raiſonnables, & non prévenus, après avoir vérifié & peſé avec attention toutes ces autorités, ont été d'un avis bien oppoſé. Et perſuadés ſincérement que, dans l'eſpece propoſée, les *Terres vendues* par l'aïeul, étoient de *véritables propres* de côté & de ligne, en la perſonne *du petit-fils* qui les avoit acquiſes, & enſuite en la perſonne de ſa fille, ſa ſeule & ſon unique héritiere, ils ſont convenus que cet uſage prétendu, que les autres oppoſoient, n'étoit qu'une chimere, une viſion, & une mauvaiſe interprétation, parce qu'un *ſeul Arrêt* rendu ſur des circonſtances que l'on ne ſait pas, & qu'on ne peut deviner, n'a pu former un *nouveau droit* ou un uſage, ni abolir des textes précis de Coutumes, qui ſont des Loix reſpectables, que toutes les Cours du Royaume ne peuvent ſe diſpenſer de ſuivre, comme les Ordonnances, les unes & les autres étant émanées de l'autorité royale.

Quelques personnes particulieres, à qui la cause que l'on défend a aussi paru juste, ont ajouté au Mémoire précédent quelques nouvelles réflexions. Comme elles sont très-judicieuses & très-solides, on en a profité, & on va s'en servir pour rendre, s'il est possible, la vérité que l'on défend, plus sensible.

Les Parties adverses, qui n'ont eu jusqu'ici rien de bon à opposer à tant d'autorités, à une si ancienne Jurisprudence, si universelle, confirmée par tant de textes de Coutumes & tant d'Arrêts rendus, tant avant les réformations que depuis, ont osé tirer leurs moyens des mêmes articles 133 & 139 de notre Coutume qu'on leur rétorque. Et comme on ne prétend point ici équivoquer, voici l'abus qu'ils en font, avec leur raisonnement dans toute sa force.

L'article 133 dit formellement, que *si aucune personne* ACQUIERT *un héritage* PROPRE, *de son parent, de* CÔTÉ *& de ligne* dont il est parent. Et il VEND ledit *héritage, tel héritage chet en* RETRAIT, auquel cas le peut aussi *retraire le premier* VENDEUR, comme ne l'ayant mis au précédent HORS DE LA LIGNE.

Ces Messieurs ne peuvent disconvenir que, selon cet article, *l'héritage vendu par un lignager* à un autre lignager, *ne conserve sa nature de propre* en la personne du *lignager* acquéreur. Mais, comme selon eux, il ne donne à ce propre que la prérogative *d'être sujet à Retrait*, il s'ensuit, disent-ils, que cet héritage n'est qu'un propre *de Retrait seulement*, & non un *propre de succession*.

L'article 139 dit que *l'héritage retiré par Retrait lignager, est tellement affecté à la famille, que si le retrayant meurt délaissant un héritier des* ACQUÊTS *& un héritier des* PROPRES, *tel héritage doit appartenir à l'héritier des propres de la ligne dont est*

venu & issu ledit héritage, & non à l'héritier des *acquêts*, en rendant toutefois dans l'an & jour, à l'héritier des acquêts, le prix dudit héritage.

De là ils ont conclu que le second article étoit dans une espece différente de celle de l'art. 133. Et sans se donner seulement la peine d'y faire la moindre attention, ils ont dit que dans le cas de ce second article, qui est le 139, *l'héritage retiré n'est qu'un* propre *de succession*, & non *un propre de Retrait*. De sorte qu'en joignant ces deux articles, il résulte *selon eux évidemment*, que dans l'usage il y a deux sortes de propres; savoir, *un de Retrait* seulement, qui n'est pas *de succession*, dont il est parlé dans l'article 133, & un *propre de succession* seulement, qui n'est pas *propre de Retrait*, dont il est parlé dans l'article 139. Et c'est ainsi qu'ils s'imaginent concilier ces deux articles qui leur paroissent obscurs, quoiqu'ils ne le soient pas. Ils conviennent cependant que cette distinction de propres est barbare, monstrueuse & insolite; mais la Loi, quoique dure, est écrite; il faut, disent-ils, la suivre.

S'il y eut jamais un raisonnement faux & pitoyable, on peut dire que c'est celui-là: les Parties adverses ne le font que parce qu'elles ne sont pas au fait, & qu'elles n'entendent pas le langage ni le style de nos Coutumiers qu'il faut cependant nécessairement savoir si l'on veut pénétrer le véritable sens d'un grand nombre d'articles. Ainsi quand les Parties adverses y feront attention, elles trouveront qu'elles sont dans l'erreur, parce qu'elles font sans raison, de la différence entre le *Retrait lignager* dont il est parlé dans l'article 139, *& l'acquisition du propre faite par un lignager d'un lignager*, dont il est parlé dans l'article 133. C'est ce qu'il faut expliquer sommairement & nettement.

De toutes nos Coutumes il n'y en a point qui se soit exprimée plus clairement à ce sujet que celle du Nivernois, dans l'article 28 du titre *des droits appartenans à gens mariés.* En voici les termes, qui doivent être lus attentivement :

Si le mari pendant le mariage retrait *par proximité de lignage un héritage, ou rente ancienne*, vendus *par aucun de ses parens, sa veuve après le trépas, sera rembourſée de la moitié des deniers déboursez par ledit mary pour ledit* Retrait. *Et jusques à ce que le rembourſement soit fait, elle tiendra la moitié dudit héritage, ou rente* retraits, *& en fera les fruits siens, sans estre tenue de les compter, jusqu'à ce qu'elle soit rembourſée, comme dit est, & sera le semblable, si les héritages procédans* du côté *de la femme, sont vendus & retraits constant le mariage.*

Aussi a lieu, ce que dit est, quand l'héritage de l'estoc d'un desdits mariés, a été ACQUIS *par lesdits mariés, ou l'un d'eux constant le mariage.*

Ce que les *Réformateurs* de la Coutume de Paris ont mis dans les deux articles 133 & 139, les *Rédacteurs* de celle du Nivernois ne l'ont mis que dans le seul qui vient d'être transcrit.

Dans la premiere partie de cet article, les Rédacteurs suppoſent qu'un mari *ait acquis par Retrait lignager un héritage d'un de ses parens de côté & de ligne.* Et suivant le droit général de toute la France coutumiere, ils décident que cet héritage sera propre au mari; qu'une moitié en appartiendra à son héritier des propres, & que cet héritier pourra encore retraire l'autre moitié, en payant le *mi-denier*, ou la moitié du prix à la veuve ou à ses héritiers.

Dans la seconde partie, ils suppoſent que le mari *n'ait pas retrait*; mais qu'il ait *acquis l'héritage* propre *d'un de ses parens lignagers de côté*

& de ligne, qui le lui a vendu volontairement. Et ils ont décidé que dans le second cas, il en étoit comme dans le premier; c'est-à-dire, que *l'héritier des propres* du mari en auroit une moitié à titre *successif*, & l'autre moitié *par Retrait*, sans aucune différence, en rendant le demi-denier à la veuve ou ses héritiers; parce que dans le langage, & selon le style de nos Coutumes, *le Retrait lignager & l'acquisition d'un propre faite d'un lignager par un autre lignager, ne sont réellement qu'une seule & même chose.*

Ce qui a été très bien remarqué en cet endroit par le judicieux Coquille, qui est peut-être celui de nos Auteurs qui a mieux entendu les vrais principes de notre Droit, lequel a mis ces paroles en cet endroit, *& soit noté qu'en cet article sont mis* ad paria RETRAIRE PAR LIGNAGE, & ACQUÉRIR DU LIGNAGER, ce qui est très-constant.

Ceci va devenir sensible par un exemple.

Un *homme* qui a besoin d'argent, vend un héritage qui lui est propre, à un *étranger*, qui en donne 60000 liv.

Un *lignager* averti de cette vente, fait ajourner l'*étranger* en Retrait. L'étranger se défend, mais il succombe, & le Retrait est adjugé au *lignager*, qui en rend le prix & les loyaux-coûts.

On demande ici de qui le lignager, auquel le Retrait a été adjugé, a acquis le propre? est-ce de l'étranger, est-ce du vendeur?

Les Parties adverses diront-elles que c'est de l'étranger? Mais si cela étoit ainsi, il faudroit dire que ce propre retrait seroit *hypothéqué aux créanciers de l'étranger évincé*, ce qui n'est pas. Et par conséquent il n'est pas vrai de dire que le lignager à qui le Retrait a été adjugé, *ait acquis de l'étranger.*

Que l'on suppose à présent que l'héritage adjugé par Retrait au lignager, *lui ait été évincé* par un créancier du vendeur. On demande aux Parties adverses, contre qui le lignager retrayant aura son recours de garantie ?

Si ces Messieurs disent que ce sera contre *l'étranger*, on leur dira qu'il y a de l'absurdité de dire que cet étranger spolié malgré lui de son acquisition, & qui se la voit enlever en vertu de la Loi, soit un *vendeur*. Et selon ce système, il faudroit dire qu'il y auroit *deux ventes*, la premiere faite à *l'étranger*, & la seconde faite par l'étranger au lignager retrayant; ce qui n'est pas: car, comme on va le faire voir, il n'y a dans le Retrait qu'un seul contrat, une seule & unique vente, auxquels le retrayant est déclaré subrogé par le Juge, en vertu de la Loi.

Le lignager évincé dans le cas proposé, n'aura donc son recours de garantie que contre *le vendeur*; & par conséquent il est vrai de dire, que ce n'est pas de l'étranger qu'il a *acquis*, mais du lignager vendeur, avec qui il est censé avoir traité, par le ministere de l'étranger.

Dans ces sortes de cas, il n'y a, pour le dire encore une fois, *qu'une seule & unique vente, qu'un seul & unique contrat, auquel le lignager retrayant est subrogé*; ensorte qu'après *l'expulsion de l'étranger acquéreur*, les choses sont comme si le lignager avoit acquis immédiatement du vendeur.

D'où il résulte que ce n'est pas le *Retrait* qui fait le *propre*, comme se l'imaginent nos Praticiens, *mais l'acquisition faite d'un lignager par un autre lignager par la voie du Retrait*, comme il est décidé par l'article 133 de la Coutume de Paris.

En un mot, *retraire & acquérir un propre d'un lignager, ne sont donc qu'une seule & même chose*;

& la seule différence qu'il y a, est que *tout lignager qui acquiert d'un autre lignager, ne retrait pas ;* au lieu que *tout lignager qui retrait, est un lignager qui acquiert d'un autre lignager.* Ou si l'on veut encore plus brièvement, la seule différence qu'il y a, est que le *lignager qui retrait, acquiert médiatement & indirectement du vendeur, par le ministere de l'étranger*, au lieu que le lignager, qui n'use pas de la voie du Retrait, *acquiert directement & immédiatement ;* ce qui ne change rien dans la nature ni la qualité de la vente & de l'acquisition.

Il est constant que toute personne peut *acquérir* un fonds, selon les Loix, directement ou indirectement, par elle-même, ou par le ministere d'un autre qui lui en passe à l'instant *sa déclaration.*

Que l'on suppose que *Primus* ait acquis un héritage propre d'un de ses parens de côté & de ligne, distinguera-t-on si *Primus* l'a acquis *directement*, & par lui-même, ou s'il l'a acquis *indirectement*, & par le ministere ou l'entremise d'un de ses amis, qui lui a passé à l'instant sa déclaration ?

S'il a acquis cet héritage *immédiatement, directement, & par lui-même*, dira-t-on qu'il ne lui sera propre que de *Retrait seulement*, & non de *succession ?*

Et s'il l'a acquis *médiatement, indirectement* & par le *ministere* d'un ami, qui lui en a passé sa déclaration à l'instant, dira-t-on qu'il ne lui sera propre que de *succession seulement*, & non de *Retrait ?*

En bonne foi, ne traiteroit-on pas de visionnaires des gens qui seroient assez extraordinaires pour débiter de telles maximes, puisqu'il est plus qu'évident, après ce qui vient d'être expliqué,

que soit qu'une acquisition soit faite *directement ou indirectement*, *médiatement ou immédiatement*, elle est toujours la même & toujours un même contrat.

C'est cependant ce mauvais raisonnement que les Parties adverses emploient, sans vouloir comprendre que tout *retrayant*, dans l'espece proposée, comme subrogé au lieu de l'étranger qu'il évince & qu'il expulse, est le *véritable acquéreur* du propre; & que ne différant en rien du *lignager qui acquiert d'un autre lignager*, il est impossible qu'un même contrat puisse produire deux especes de propres si différentes, l'un de *succession* & non de *Retrait*, & l'autre de *Retrait* & non de *succession*.

L'on voit, par les Arrêts cités ci-dessus, aux nombres 6 & 7, que la question avoit été grande dans l'ancienne Coutume, de savoir si l'héritage retiré par Retrait lignager, étoit *propre* ou *acquêt*.

Quelques-uns soutenoient qu'il étoit *acquêt*, comme provenu de l'étranger qui l'avoit acheté; & il y a encore quelques Coutumes, comme celles de Rheims & de Vermandois, qui le déclarent acquêt par cette mauvaise raison.

Mais comme la Cour, par son Arrêt du 14 Mars 1550, cité ci-dessus au nombre 4, & produit au procès, avoit décidé que l'héritage acquis d'un lignager par un lignager, étoit un propre tant de *Retrait* que de *succession*, elle jugea par les autres Arrêts cités aux nombres 6 & 7, que les *héritages retraits*, comme acquis d'un lignager par un lignager, étoient pareillement des propres, tant de succession que de Retrait, parce qu'un même propre légal ne peut être de deux différentes natures.

Quand on procéda à la réformation de notre

Coutume, cette question ayant été encore agitée, les Réformateurs habiles firent voir que tout *héritage retrait* étoit un héritage *acquis par un lignager d'un autre lignager*, & il fut arrêté par l'art. 139, que cet héritage seroit propre de *succession*, comme par l'art. 133 il étoit *propre de Retrait.*

Lorsque l'on tient une fois ce principe, qui est très-certain, fondé sur la nature du Retrait lignager, & sur les textes précis de nos Coutumes; ces deux articles, que les Parties adverses veulent faire passer pour obscurs, afin de les interpréter à leur avantage, sont clairs & intelligibles.

Il y a plus, c'est qu'en admettant l'interprétation ridicule que quelques Commentateurs ont donnée à ces deux articles, depuis l'Arrêt de 1647 cité ci-dessus, & rapporté par du Fresne dans son Journal, non-seulement le droit établi par ces deux mêmes articles, est aboli; mais l'article 155 qui établit le Retrait de *demi-denier*, & en même temps tous les articles semblables dans les autres Coutumes: ce qu'il faut éclaircir ici par des exemples, qui vont rendre cette vérité sensible.

Un mari *achete* un héritage propre d'un lignager, du même côté & de la même ligne. Voilà précisément le cas de l'art. 133, où il est dit *qu'un tel héritage est propre de Retrait.*

Ce mari meurt sans enfans; y aura-t-il lieu *au Retrait* de demi-denier? L'article 155 décide formellement que oui, en ces termes, auxquels les Parties adverses n'ont pas fait attention, & dans lesquels ils n'ont pas vu leur propre condamnation:

Quand aucun héritage est acquis *durant & constant* le mariage *de deux conjoints, dont l'un d'iceux*

est parent lignager du vendeur, *dont ledit héritage appartenoit audit* vendeur ; *tel héritage ainsi vendu ne gît en Retrait, durant & constant ledit mariage. Mais après le trépas desdits conjoints, la moitié dudit héritage gît en Retrait à l'encontre de celuy qui n'est lignager, ou ses hoirs, s'ils ne sont lignagers dudit* vendeur *du côté & ligne dont ledit héritage appartenoit à iceluy* vendeur, *dedans l'an & jour du trépas du premier mourant desdits conjoints, en rendant & payant, par le retrayant, la moitié du fort principal, frais & loyaux-coûts.*

Cela posé, que l'on feigne à présent, pour un moment, avec les Parties adverses, qu'un *héritage acheté* d'un lignager, par un mari lignager, *soit un acquêt dans la succession* du mari acquéreur. Il faudra dans ce cas, dire nécessairement avec eux, que cet *héritage* appartiendra à *l'héritier des acquêts* ; & qu'il sortira ainsi de la famille & de la ligne, à l'exclusion de *l'héritier des propres.*

Mais d'un autre côté, n'est-il pas évident que les Rédacteurs & les Réformateurs de notre Coutume auroient perdu la raison & le sens commun, s'ils avoient donné le *Retrait de demi-denier* à cet étranger *héritier des acquêts*, contre la veuve survivante, ou ses héritiers, parce qu'ils seroient étrangers.

Tout Retrait lignager quel qu'il soit, n'est & ne peut être accordé qu'à un parent du côté & de la ligne du vendeur. Et quand notre Coutume, conforme en ce point à toutes les autres du Royaume, donne le Retrait de *demi-denier*, ce n'est pas certainement à *l'héritier des acquêts* du mari prédécédé qu'elle le donne, parce que cet héritier est un étranger par rapport au propre ; mais c'est aux parens seuls de côté & de ligne du mari acquéreur qu'elle le donne, parce

qu'il n'y a qu'eux qui puiſſent l'exercer & principalement le plus proche d'entr'eux, qui eſt l'héritier des propres, parce qu'en ayant déjà une moitié de ſon chef, il eſt de ſon intérêt d'y pouvoir unir l'autre moitié par le Retrait.

Et après une diſpoſition de Coutume ſi formelle, ſi préciſe & ſi nette, ne doit-il pas paroître étonnant qu'il y ait encore aujourd'hui des gens qui oſent ſoutenir qu'un *propre acheté d'un lignager par un autre lignager*, & qui par cette raiſon n'eſt point ſorti de la ligne & de la famille, eſt néanmoins un *ſimple acquêt* dans la ſucceſſion du lignager acheteur. Et c'eſt cependant le ſujet de ce procès.

Il faudroit aſſurément n'avoir pas le moindre principe de Juriſprudence, pour ne pas ſe rendre à une vérité ſi ſenſible, & pour ne pas connoître qu'en déférant ainſi ce propre à titre ſucceſſif à l'héritier *des acquêts*, contre la diſpoſition préciſe de ces articles, on anéantit dans ce premier cas le Retrait *de demi-denier*, autoriſé avec raiſon par toutes nos Coutumes.

Si l'on ſuppoſe à préſent que le mari lignager ait acquis l'héritage *par Retrait*, il eſt évident qu'il en ſera de même; c'eſt-à-dire, que dans ce *ſecond cas*, comme dans le précédent, le *Retrait de demi-denier ſera anéanti.* Car, ſelon ce déplorable ſyſtême, *l'héritage retrait n'étant propre que de ſucceſſion ſeulement*, & non *de Retrait*, comme les Parties adverſes en conviennent elles-mêmes, il ne pourra y avoir lieu *au Retrait de demi-denier*, par le défaut d'action. Enſorte que tout le Retrait de demi-denier ſera ainſi aboli.

Il y a encore ici une obſervation à faire, c'eſt que ſi l'héritage propre, *acquis d'un lignager par un autre lignager*, étoit un *acquêt* dans la ſucceſſion du lignager qui l'a acheté, *le Retrait* ne ſeroit

roit plus alors *du demi-denier*, mais du *prix entier*, puiſque tout l'héritage ſeroit ſorti de la famille, parce qu'une moitié appartiendroit à l'héritier des *acquêts*, & l'autre moitié à la veuve ou ſes héritiers, qui ſeroient tous également étrangers.

Selon les Adverſaires, le propre acquis d'un lignager ſera acquêt dans ſa ſucceſſion; & ſi ce lignager le met par vente hors de la famille il ſera propre dans la ſucceſſion de celui qui l'aura eu par Retrait lignager.

Voilà quelles ſeroient les conſéquences & les ſuites de cette nouvelle interprétation & de cette belle Juriſprudence, pernicieuſes l'une & l'autre aux héritiers des propres, qui auroient par-là le malheur de ſe voir ſpoliés & ruinés, pendant que des étrangers jouiroient injuſtement de leurs biens, contre les diſpoſitions des Loix.

En un mot, l'héritage *acquis d'un lignager par un lignager, directement & immédiatement*, eſt un propre de Retrait, ſelon l'article 133.

L'héritage acquis *indirectement d'un lignager par un lignager, & par la voie du Retrait*, eſt un propre de ſucceſſion.

Et par conſéquent *tout héritage acquis par un lignager d'un autre lignager, de quelque maniere que ce ſoit*, eſt un propre de *ſucceſſion* & de *Retrait*.

La vérité qu'on a ici entrepris de défendre, ſe trouvant donc parfaitement établie, le ſieur Ourſin & le ſieur Abbé le Boſſu, croient devoir attendre, avec confiance, la juſtice qui leur eſt due.

Me. DE LAURIERE, Avocat.

GAIGNAT, Procureur.

TITRE HUITIEME.

ARRÊTS, EXÉCUTIONS ET GAGERIES.

IL y a de la différence entre l'*Arrêt*, l'*Exécution* & la *Gagerie*.

L'*Arrêt* eſt une ſaiſie de biens meubles, ſans tranſport, *& qui eſt faite* en vertu d'une obligation ſcellée, ou d'une condamnation ou de la permiſſion du Juge. C'eſt encore la priſe & la détention d'une perſonne, en vertu d'une condamnation, ou à cauſe de quelque délit; de ſorte que le mot d'*Arrêt* convient tant aux perſonnes, qu'à leurs biens meubles.

L'*Exécution* eſt une ſaiſie des biens meubles du débiteur, avec tranſport, en vertu d'une obligation ou d'une condamnation.

Et la *Gagerie*, qu'on appelle auſſi ſimple Arrêt, eſt une ſaiſie privilégiée de meubles, ſans tranſport, pour laquelle il ne faut ni lettres, ni obligation ſcellée, ni condamnation. *Voyez* les articles 161, 163, 166.

Arrêt a été fait de l'Anglois Saxon *Reſt*, *requies*, tiré du latin *Reſtare*.

Et le mot de *Gagerie*, appellée en latin *Gageria*, vient de *Vadium*, *Gage*; d'où l'on a fait *Vadiare*, *Guadiare*, & enfin *Gagiare*, ce qui eſt expliqué par M. du Cange dans ſon Gloſſaire ſur le mot *Vadium*.

Anciennement on procédoit par voie de Gagerie, d'autorité privée, & ſans la permiſſion du Juge, comme il ſe voit dans les deux preuves ſuivantes :

Consuet. Soligniac. *Creditor qui habebit domum apud Soligniacum poterit ibidem debitorem suum* autoritate propria gagiare *ratione debiti ibidem contracti.*

Charta, an. 1300, ex Chartul. Parisiensi. *Si in solutione aliqua harum viginti librarum aliquo termino defici vel cessari contigerit, prædictus Capellanus* autoritate propria, *absque nostra vel successorum nostrorum, licentia . . . poterit licite pro dictis viginti libris Turonensibus, vel pro eo quod de eis restabit persolvendum, in dictis domibus ad quemcumque . . . possessorem vel dominum devenerint, necta sibi pignora capere, & detinere impune usque ad integram & competentem satisfactionem præmissorum.*

Mais enfin on a introduit, suivant la Loi 3, au Code *de Pignoribus*, dont le cas est néanmoins différent de celui de la Gagerie, qu'il faudroit requérir l'autorité du Juge. *Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate Præsidiis possessionem adipisci debent.* Vide Cujacium & Maranum ad h. legem & merillium 7, observationum, cap. 7.

ARTICLE CLX.

Quand on peut procéder par voïe d'Arrêt, Exécution & autres Exploits sur les biens d'autrui.

On ne peut proceder par voïe d'Arrêts, Exécutions, ou autres Exploits sur les biens d'autrui, ne par emprisonnement sans obligation, condamna-

tion, délict, ou quasi délict, chose privilégiée ou qui le vaille.

Cet article est tiré du grand Coutumier, L. 2, tit. 17, p. 127, au commencement.

Emprisonnement.] Voyez le titre 34 de l'Ordonnance de 1667, de la décharge des contraintes par corps.

Condamnation.] *V. Leg. ne Causam, Cod. de executione rei judicat. Et Rodericum Suarez ad Leg. Post rem judicatam D. de re judicata in princip.*

Chose privilégiée.] Les choses privilégiées pour lesquelles on peut procéder sur les biens d'autrui, sans obligation ni condamnation, sont par exemple,

1°. Le cens, pour lequel le Seigneur peut faire procéder par voie d'Arrêt ou Brandon sur les fruits pendant en l'héritage qui lui est redevable, art. 74.

2°. Les arrérages de trois années du cens, pour lesquels le Seigneur, en la ville & banlieue de Paris, peut faire procéder par simple Gagerie sur les biens étant ès maisons, art. 86.

3°. Les termes des loyers des maisons, pour lesquels les propriétaires peuvent faire arrêter les biens meubles qui y ont été apportés, art. 161.

4°. Les arrérages de trois quartiers des rentes constituées & assises sur des maisons en la ville & fauxbourgs de Paris, pour lesquels les créanciers peuvent faire saisir, sans déplacer, les biens meubles qui s'y trouvent, art. 163.

5°. Les dettes des Bourgeois de Paris, pour lesquelles ils peuvent procéder par voie d'Arrêt sur les biens des débiteurs forains, art. 173.

ARTICLE CLXI.

De la Gagerie pour les loïers des maiſons.

Il eſt loiſible à un Propriétaire d'aucune maiſon par lui baillée à titre de loïer, faire procéder par voïe de Gagerie en ladite maiſon, pour les termes à lui dûs pour le loüage, ſur les biens étans en icelle.

Voyez la note ſur l'article 263, à la fin, & 171.

Celui qui a eu la précaution de faire un bail en bonne forme, peut, ſuivant l'article 164, procéder par voie *de ſaiſie & exécution ;* de ſorte que la *ſimple Gagerie* qui ſe faiſoit ſans ordonnance de Juge, ne lui étoit pas néceſſaire.

Brodeau décide mal, que pour uſer de la ſimple Gagerie dont il eſt parlé dans cet article, il faut avoir un bail en bonne forme.

On peut faire deux objections contre la déciſion de cet article.

La premiere, que la ſaiſie & arrêt eſt une eſpece d'Exécution, & qu'il eſt contre les regles de commencer à procéder contre un débiteur, par voie d'Exécution.

Et *la ſeconde*, que perſonne ne peut ſe faire droit d'autorité privée.

Mais on répond que dans les cas qui requierent de la vigilance, & où il faut que l'on agiſſe promptement, les formalités de Juſtice ne doivent pas être obſervées à la rigueur ; & c'eſt ici un de ces cas, parce que ſans la précaution de l'*Arrêt* qui ne fait aucun dommage au loca-

taire, il pourroit détourner ses meubles : la saisie & arrêt doit être regardée comme une espece d'acte judiciaire, devant être fait par un Officier de Justice. Brodeau dit très-bien que la Gagerie doit être accordée aux usufruitiers, & quand on l'accorderoit aux locataires principaux, il n'y auroit aucun inconvénient.

Pour les termes.] Cet article ne dit pas pour combien de termes le propriétaire d'une maison a la *Gagerie ;* d'où il résulte, ce semble, qu'il pourroit en user pour être payé de tous les termes qui lui seroient dus.

Suivant l'article 86, le Seigneur censier ne peut agir par voie de simple Gagerie, que pour *trois années d'arrérages de son cens*, d'où l'on pourroit conclure que le propriétaire d'une maison devroit aussi avoir la Gagerie *pour trois années* de ses loyers.

Cependant dans l'usage, il ne l'a que pour *trois termes seulement*, par l'argument de l'article 163. *Voyez ce qu'on y a remarqué.*

Sur les biens étant en icelle.] Voyez les art. 86, 163, à la fin. Ainsi lorsque les biens étoient hors de la maison louée, la Gagerie cessoit. Et de-là vient que quand un *locataire* avoit transporté clandestinement ses meubles, le *propriétaire* imploroit l'autorité du Juge & la main de la Justice pour les faire reporter dans sa maison, à l'effet d'user dessus de son droit de *simple* Gagerie, & y laisser le reste pour garnissement, pour la sûreté de ses loyers. L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 37, p. 247, s'exprime ainsi :

« *Est à noter* que si aucun vuide sa maison de » nuit, ou autre clandestinement. C'est à savoir la » maison qu'il tient à louage, & le propriétaire le » fait appeller. Il peut conclure contre lui qu'il *soit* » *contraint à gager son louage ;* & s'il les a emportés

» de plein jour à la vue de chacun, il peut con-
» clure qu'il soit condamné à payer le louage &
» GARNIR la maison de biens meubles, & exploi-
» tables pour les termes venus & à venir ».
Voyez le même Auteur, p. 429.

Lorsque la maison louée étoit suffisamment garnie, il n'y avoit pas de difficulté, parce qu'en vertu de la Gagerie qui duroit pendant une année, le propriétaire pouvoit user de son droit & faire vendre; mais lorsque le locataire n'avoit pas garni la maison, ou lorsqu'après l'avoir garnie il avoit enlevé furtivement les meubles, la question étoit de savoir comment le propriétaire en devoit user dans les deux cas pour avoir justice; car si dans ce cas le propriétaire n'avoit point d'autre droit que d'expulser le locataire, il est évident que le locataire qui ne vouloit garnir ni entrer dans la maison, avoit gain de cause, & que le bail fait au profit du propriétaire lui devenoit inutile.

Dans l'article 38 de la Coutume de Berry, il est dit que le *locataire* est tenu de *garnir la maison qu'il a louée.* L'Auteur du grand Coutumier, dans ce qui a été rapporté de lui ci-dessus, dit qu'il y peut être *contraint*, ce qui ne peut s'entendre que par prise *de corps*, au cas qu'elle eût lieu, ou par *saisie de biens;* ensorte que le propriétaire usant de ce droit, pouvoit forcer son locataire à garnir les lieux, afin qu'il pût exercer sur les meubles apportés, son droit de Gagerie. *Voyez* ce que j'ai remarqué sur Loisel dans ses Institutes, sur le Titre *de Louage*, regles 5 & 6; les Coutumes notoires, art. 36, 37, 38, & l'article 171, ci-après.

ARTICLE CLXII.

De la Gagerie sur les biens des Sous-locataires.

S'il y a des sous-locatifs, peuvent être pris leurs biens pour ledit loïer, & charges du bail ; & neanmoins leur seront rendus, en païant le loïer pour leur occupation.

Cet article a été pris de l'apostille de du Molin sur l'article 163 de l'ancienne Coutume.

ARTICLE CLXIII.

De la Gagerie pour trois quartiers de rente constituée à prix d'argent.

Qui a droit de rente constituée sur aucune maison assise en la Ville & Fauxbourgs de Paris, à cause de laquelle lui sont dûs trois termes d'arrerages & non plus, peut proceder par voïe de Gagerie, pour iceux trois termes sur les biens meubles étans en ladite maison, appartenant au Détempteur & Proprietaire.

Qui a droit de rente constituée.] Les Rédacteurs parlent expressément ici de la *rente constituée*, & les Commentateurs, contre les termes de cet article, soutiennent que les Rédacteurs n'y ont entendu parler que de *la rente fonciere*, ou *de*

bail d'héritage ; parce que, selon eux, la Gagerie n'a jamais eu lieu pour les rentes constituées, quoiqu'assignées spécialement. *Voyez Brodeau sur cet article.*

Mais si ceux qui ont commenté cette Coutume avoient bien connu l'ancien droit des rentes, ils auroient mieux pris le sens de cet article, qui a certainement été fait pour les rentes *constituées*, qu'on confondoit anciennement avec les *foncieres*, ainsi qu'on l'a fait voir sur les art. 83, 99, 100, 101, &c. & comme il se voit dans l'article suivant, qui est le 33 du tit. 9 de la Coutume de Berri, qui peut servir à l'intelligence de cet article, & de ceux qu'on vient de citer.

Les détenteurs d'aucuns héritages chargés de rentes foncieres *ou* constituées, *sont tenus & obligés de payer & continuer la rente, tant & si longuement qu'ils seront détenteurs, & payer les arrérages échus au temps de leur détention, sont* personnellement *obligés :* & pour le regard *de la continuation de ladite rente, pourront, si bon leur semble, délaisser l'héritage à celui auquel la rente est due, & en ce faisant seront déchargés de ladite continuation de rente. Toutefois quant aux arrérages échus de leur temps, auquel ils sont obligés* personnellement, *pourront être contraints au paiement d'iceux, par toutes voies dues & raisonnables*, & par exécution pour la derniere année seulement.

Sur aucune maison assise en la Ville & Fauxbourgs de Paris,] & non sur les autres maisons de la Prévôté & Vicomté hors de la Ville & des Fauxbourgs.

Le créancier d'une rente assise sur une maison, pourvu qu'il eût payé des arrérages dans l'an, & qu'il en fût en saisine, pouvoit autrefois contraindre les détenteurs de la maison à la lui délaisser pour les *trois termes* qui lui étoient

dus, ou la garnir de meubles exploitables, qu'il pût gager, ou sur lesquelles il pût procéder par *voie de Gagerie.*

Ce droit étoit particulier aux rentes assises sur les maisons de Paris; premiérement, parce qu'on en assignoit peu sur les maisons de campagne, qui ne produisent, pour la plupart, qu'un petit revenu; & en second lieu, parce qu'il y auroit eu de la vexation de contraindre les détenteurs de ces maisons, à les garnir de meubles, au lieu qu'à Paris les détenteurs ne pouvoient pas refuser de garnir les maisons sans fraude; & de là vient que dans cet article il n'est parlé que des maisons de la Ville & des Fauxbourgs de Paris. *Voyez* l'Auteur du grand Coutumier, livre 3, p. 442, 443, &c.

A cause de laquelle lui sont dus trois termes.] On a remarqué plusieurs fois que les rentes constituées à prix d'argent, étoient anciennement non-rachetables, & que les fonds qui en étoient chargés, étoient réputés aliénés jusqu'à concurrence. Celui qui avoit une rente sur une maison, étoit donc censé avoir une partie de la maison; & de-là vient que, selon cet article, il pouvoit user du droit de Gagerie. Mais il n'avoit ce droit que pour *trois termes* seulement, parce qu'agissant de son autorité privée, comme on l'a fait voir sur ce titre, & comme on le verra dans la note qui suit, après l'an & jour, ou après les quatre termes échus, le détenteur qui auroit acquis la saisine auroit pu s'opposer. Joignez les autorités rapportées sur l'article 86.

Peut procéder par voie de Gagerie.] L'acquéreur de rente pouvoit autrefois user de cette voie d'autorité privée, comme on l'a déjà remarqué; mais cette espece de voie de fait n'est plus en usage aujourd'hui, & avoit été même réprouvée

par l'Arrêt ſuivant, de l'an 1389. Item, *non fuit per arreſtum recepta conſuetudo in cauſa domini de Partenay, imo dicta non receptabilis, quod quis poſſit* de facto, *ratione ſui debiti vel reditus gagiare ſuper bonis debitoris, ubi nullam habet Juriſdictionem.* Gallus, q. 177.

Sur les biens meubles étans en ladite maiſon.] La raiſon eſt que les meubles tranſportés dans la maiſon, étoient tacitement réputés obligés au créancier de la rente, comme ils ſont obligés au propriétaire, quand la maiſon eſt louée, parce que le créancier étoit cenſé avoir part dans la maiſon qui lui étoit obligée, juſqu'à la concurrence de ſa rente, comme on l'a fait voir en pluſieurs endroits. Joignez Coquille dans ſes Inſtitutions, au titre de *Bordelages*, p. 4, de l'édition de 1676, lig. 21.

Tout ce droit ne peut plus à préſent ſubſiſter qu'à l'égard des *rentes foncieres*, parce que les *rentes conſtituées à prix d'argent*, ne ſont plus des charges réelles. *Voyez* les notes ſur les art. 99, 100, 101.

Il en eſt à-peu-près du propriétaire qui baille ſa maiſon à rente fonciere, comme du propriétaire qui la baille à loyer, & celui qui la prend à rente fonciere peut être très-bien comparé à celui qui la prend à loyer.

Or celui qui a donné ſa maiſon à rente fonciere, n'a la Gagerie que pour trois termes de ſa rente.

Et par conſéquent on a bien établi dans l'uſage, que le propriétaire qui a donné ſa maiſon à loyer n'auroit auſſi la Gagerie que pour trois termes ou trois quartiers.

On oppoſeroit en vain l'article 86, qui donne la Gagerie au Seigneur cenſier pour trois années de ſon cens, parce que le cens étant petit, les

Seigneurs les laiſſent ordinairement accumuler ; au lieu que ces loyers étant conſidérables, l'uſage n'eſt pas que les propriétaires ſouffrent qu'il leur en ſoit dû pluſieurs années. Enſorte que c'eſt aſſez de leur donner la Gagerie pour trois termes.

Et comme tout propriétaire de maiſon n'eſt réputé créancier que pour trois termes de ſes loyers, il s'enſuit qu'il ne doit être préféré que pour ces trois termes, aux autres créanciers de ſon locataire.

ARTICLE CLXIV.

De l'obligation paſſée ſous le Scel roïal.

Une obligation faite & paſſée ſous le Scel roïal, eſt exécutoire ſur les biens meubles & immeubles de l'obligé.

Voyez l'Ordonnance de 1539, art. 65 ; des Mares, déciſion 104, 311, 340 ; l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 17 ; Coquille, queſt. 192 ; Mauduit ſur la Coutume de Berri, page 337, ſur l'article 15 du titre *des Exécutions*.

Pour mettre à exécution à Paris une obligation paſſée ſous le ſcel royal hors de la Prévôté & Vicomté, & dans l'étendue du Parlement, il faut néanmoins, dans les regles, la permiſſion du Juge : & ſi l'obligation étoit paſſée ſous le ſcel royal, hors l'étendue du Parlement, il faut un *Pareatis* du grand Sceau ; & les Sceaux royaux, à l'exception de ceux de Paris, d'Orléans & de Montpellier, ne ſont point attributifs de Juriſdiction.

Le ſcel appoſé à une obligation, la rend exécutoire, parce qu'il lui donne la qualité de Juge-

ment ou de Sentence. *Anciennement*, dit Coquille, *les Parties qui contractoient, alloient devers le Garde du ſcel aux contrats, & pardevant lui faiſoient leurs convenances, à l'obſervation deſquelles le Garde ſcel les condamnoit, comme en Juriſdiction volontaire.* Voyez Jean Favre *ad* §. *ſed cum aliquis, n.* 10. *Inſt. de Teſtamen.* Joignez l'article 6 de l'Ordonnance de 1667, au titre de *l'Exécution des Jugemens*. Et touchant les Sceaux, voyez les Traités de *Hopingrius*, in-4°, & de *Heinectius*, in-folio.

ARTICLE CLXV.

De l'Obligation paſſée ſous le Scel autentique.

Et le ſemblable doit être gardé pour les obligations paſſées ſous Scel autentique & non roïal, pourvû qu'au jour de l'obligation paſſée, les Parties obligées fuſſent demeurans au lieu où ladite obligation eſt paſſée.

Cet article a été pris de l'article 66 de l'Ordonnance de 1539, qui porte que les obligations paſſées ſous les Sceaux authentiques, *ſeront exécutoires contre les obligés ou leurs héritiers, en tous lieux où ils ſeront trouvés demeurans lors de l'exécution, & ſur tous leurs biens, quelque part qu'ils ſoient, pourvu qu'au temps de l'obligation, ils fuſſent demeurans au-dedans du détroit & Juriſdiction où leſdits Sceaux ſont authentiques.*

Mais l'uſage eſt contre cette Ordonnance, qu'on ne peut mettre à exécution hors le Reſſort une obligation paſſée ſous le Scel authentique,

ſans la permiſſion du Juge dans le territoire duquel on exécute. *Voyez* le Gloſſaire du Droit François, ſur *Pareatis*.

Quoique ces obligations ne ſoient point exécutoires hors le Reſſort où elles ont été paſſées, elles emportent néanmoins hypotheque par tout le Royaume; ce qui a pareillement lieu quand même des Parties demeurant hors le Reſſort d'une Juriſdiction ſubalterne y auroient été contracter, ainſi que la Cour l'a jugé par Arrêt du 7 Juin 1659.

ARTICLE CLXVI.

On ne peut procéder par voie d'Arrêt, Saiſie, Exécution, &c. que pour une dette liquide.

On n'eſt recevable à procéder par voïe d'Arrêt, Saiſie, Exécution, ou empriſonnement en vertu d'obligation ou Sentence, ſi la choſe ou ſomme pour laquelle on veut faire ledit exploit n'eſt certaine & liquide en ſomme ou eſpece; & neanmoins ſi l'eſpece eſt ſujette à appreciation, on peut exécuter & adjourner afin d'apprecier.

Selon l'article 160 *on ne peut procéder par voie d'Arrêts, Exécutions ou autres Exploits, ſur les biens d'autrui, ni par empriſonnement, ſans obligation, condamnation, délict ou quaſi délict, choſe privilégiée, ou qui le vaille.*

Voici cependant un cas où l'on n'eſt pas recevable à procéder par voie *d'Arrêt, Saiſie, Exé-*

cution & empriſonnement, en vertu d'une *obligation* ou d'une *Sentence*; & ce cas eſt lorſque la ſomme pour laquelle on veut faire l'exploit, *n'eſt pas liquide*; ce qui a été établi avec raiſon, n'étant pas juſte qu'on arrête une perſonne ou ſes biens, lorſqu'elle eſt dans l'impoſſibilité de payer ſur le champ, non par ſa faute, mais par la qualité de la choſe. Ce qui eſt ici décidé eſt ſuivi généralement. Voyez *Mœvius* dans ſon Traité de *Arreſtis*, chap. 10, nomb. 35, p. 141, *in*-4°, de l'édition de *Francfort* & de *Leipſic*, en 1674; Peckius *de jure ſiſtendi*, chap. 16, n. 4; *Colerus* dans ſon Traité *de proceſſu executivo*, partie 3, chap. 2; & Caccialuppus *de debitore ſuſpecto*, partie 4, n. 32.

ARTICLE CLXVII.

Le Seigneur Haut-Juſticier peut mettre en ſa main les heritages vacans en ſa Juſtice.

Quand le Proprietaire poſſeſſeur d'aucun heritage va de vie à trepas, ſans hoirs *apparens*, le Haut-Juſticier en la Juſtice duquel les heritages ſont aſſis, peut & lui eſt loiſible, iceux heritages vacans, & non occupez, ſaiſir & mettre en ſa main.

Voyez des Mares, déciſion 251; Coquille, queſtion 9; Loiſeau dans ſon Traité *des Seigneuries*, chap. 12, nomb. 100, 101, 102, 103. 104, &c. Et ci-après l'article 330.

Quand le poſſeſſeur d'aucun héritage, &c.] Il

faut entendre cet article du poſſeſſeur ou propriétaire qui n'eſt ni aubain, ni bâtard. Car s'il eſt *aubain* ſa ſucceſſion appartient au Roi ſeul à l'excluſion du Seigneur Haut-Juſticier; & s'il eſt bâtard, ſa ſucceſſion appartient encore au Roi ſeul, ſelon l'ancien uſage de la France, à moins que le bâtard ne ſoit né, n'ait été domicilié & ne ſoit décédé dans le territoire du Seigneur Haut-Juſticier. *Voyez* ce qu'on a remarqué ſur ce ſujet dans le premier tome de la Compilation des Ordonnances.

Et lui eſt loiſible iceux héritages vacans mettre en ſa main.] Il en faut autant dire des meubles, qui, dans ce cas, contre la regle générale, ont une aſſiette, & ne ſuivent point le corps ou le domicile du défunt. Quand le Haut-juſticier fait ainſi ſaiſir les biens vacans, ce n'eſt pas pour ſe les approprier d'abord, mais pour les garder; *& il faut*, ſelon du Molin, *qu'il en faſſe inventaire, ou exploit portant déclaration, pour en bailler mainlevée à qui il appartiendra, ou les appliquer à ſoi par connoiſſance de cauſe.*

Il n'en étoit pas ainſi dans le Droit Romain, parce que toute la Juriſdiction temporelle réſidoit en la ſeule perſonne du Souverain. *Vide Legem primam Digeſtis de ſucceſſorio edicto, Legem 4, Codice de bonis vacantibus & incorporatione; & tit. Cod. Theodoſiam de bonis vacantibus & incorporatione.*

ARTICLE CLXVIII.

L'Obligation du mari & la Sentence renduë contre lui, ne ſont point exécutoires contre ſes heritiers ni ſa veuve.

Obligation paſſée par le mari, ou Sentence contre lui donnée, après le trepas dudit mari, ne ſont exécutoires ſur les biens de la veuve, ni des héritiers dudit défunct, avant que tels ſoient déclarez, & pour ce faire les faut appeller.

Coutumes notoires, art. 5, 20, 22, 62, 65. L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 17. Des Mares, déciſ. 132, 133, 160, 162, 406. L'Ordonn. de 1539, l'Edit de 1549, art. 71, 72. Maſuer, tit. 30, n. 1. *Joan. Galli. Q. 310. Chaſſan. in Conſ. Burg.* §. 3, *Gloſſ.* 2, *n.* 4, *tit.* 11, §. 6, *n.* 1 & 7.

Avant que tels ſoient déclarez.] C'eſt-à-dire, avant que la Sentence & l'obligation ſoient déclarées exécutoires.

Et pour ce faire les faut appeller.] *Paulus reſpondit generalem quidem conventionem ſufficere ad obligationem pignorum, ſed ea quæ ex bonis defuncti non fuerunt, ſi poſtea ab herede ejus acquiſita ſunt vindicari non poſſe à creditore teſtatoris. Leg.* 29, *D. de Pignoribus.*

Ce qui a été ajouté à cet article, a été pris de l'apoſtille de du Molin ſur ce même article, qui étoit le 171 de l'ancienne Coutume. *Vide Merlinum de pignoribus & hypothecis, lib.* 2, *tit.* 1, *q.* 15, *& Neguſantium de pignoribus, part.* 2, *memb.* 2, *n.* 53.

ARTICLE CLXIX.

Exception de l'Article précédent.

Neanmoins pour la conservation du dû des Créanciers, peuvent être les biens du défunct & de la Communauté saisis & arrêtez, commandement préalablement fait à la veuve & heritiers.

Peuvent être les biens du défunct & de la Communauté saisis.] Ainsi le vif saisit à présent le mort contre l'ancienne Jurisprudence. *Voyez* Coquille, Q. 191; & les Auteurs cités sur l'article précédent.

Commandement préalablement fait.] Quand on saisit en vertu de l'obligation passée par le mari ou de la Sentence contre lui donnée, ainsi qu'il est dit dans l'article précédent; car lorsqu'on saisit en vertu de la permission du Juge, il ne faut point de commandement.

ARTICLE CLXX.

Il n'y a point d'hypotheque de meuble.

Meubles n'ont point de suite par hypotheque, quand ils sont hors de la possession du Debiteur.

Des Mares, décision 165. Les Coutumes notoires, art. 23. *Lucius*, *lib. 10. Placitor. tit. 3*, *n. 1.* Coquille, Q. 63.

Dans la plupart de nos Coutumes il n'y a point *d'hypotheque de meubles* par la convention

des Parties; mais afin qu'ils soient obligés, il faut qu'il y ait *nantissement* ou *réalisation*.

Les *meubles* qui sont en la possession du débiteur n'étant donc point *affectés* ni *hypothéqués* à ses créanciers, il est évident que ces meubles n'ont point de *suite par hypotheque* quand ils sont hors de sa possession, soit par vente & donation sans fraude, ou par gage réel & nantissement. *Voyez l'article 181.*

Il y a des exceptions à cette regle, qui sont dans les articles 171, 176, 177.

ARTICLE CLXXI.

Exception de l'Article précédent.

Toutefois les Proprietaires des maisons sises ès Villes & Fauxbourgs, & Fermes des champs, peuvent suivre les biens de leurs Locatifs ou Fermiers exécutez, encore qu'ils soient transportez, pour être premiers païez de leurs loïers ou moisons, & iceux arrêter jusqu'à ce qu'ils soient vendus & délivrez par autorité de Justice.

Selon notre Droit, les meubles qui sont transportés dans les maisons par les locataires, dans les maisons des villes & dans les fermes de la campagne, deviennent le gage des proprietaires, & sont, en quelque façon, réputés en leur possession. Par cette raison, si quelque créancier vouloit les enlever, les propriétaires auroient juste cause de s'y opposer, selon l'article 175; & s'ils étoient enlevés en leur absence, suivant cet article, ils auroient droit de les suivre pour

être premiers payés; de sorte qu'en ce cas les meubles auroient suite par hypotheque, contre la regle proposée dans l'article précédent. *Voyez* Coquille dans le chapitre 63 de ses Questions, à la fin.

Nous apprenons de Lucius, *lib. 10 placitorum, tit. 3, cap. 1*, que ce droit de suite fut d'abord introduit en faveur des Seigneurs censiers; & comme il y avoit parité de raison, les Réformateurs l'ont étendu aux propriétaires des maisons & des fermes.

Vulgò jactari solet pignorum ablatorum nullam esse persecutionem : sed inter cætera quæ ab hac regula excipi possunt hoc quoque Curiæ placuit, eum apud quem solarii jus, mancipiique esset, sive in prædium urbanum inducta, illata, sive prædium ipsum veneat, non modo juris ipsius, sed etiam obventuum gratia, primarum partium exactorem, suique nominis servatorem fore. Quod ita increbuit, ut jam diu translatitium, ac vulgare sit hypothecas plurimò licentibus aliter non addici, tametsi auctionibus eam ob causam non sit intercessum. Placitum pronunciatum habetur in actis, anni 1367.

Pour être premiers païez de leurs loïers ou moissons.] Voyez Me. Soefve, tom. 2 de son Recueil d'Arrêts, Centurie 1, chap. 1 & 65.

ARTICLE CLXXII.

Les Meubles exécutez doivent être vendus deux mois après les oppositions jugées.

Les Exécutans sont tenus de faire vendre les biens dedans deux mois après les oppositions jugées ou cessées.

Voyez l'article 21 de l'Ordonnance de 1667;

au titre des *Sequestres*, & joignez l'article 31 de cette Coutume, à la fin.

Dedans deux mois.] L'Auteur du Traité *du Déguerpissement*, liv. 3, chap. 6, n. 8, veut que cette disposition ait été tirée de la Loi *Debitoribus. D. de re judicata*, qui finit en ces termes : *Divus Pius in hæc verba rescripsit ; his qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur ; eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi, non reddiderint pignora capi, eaque, SI INTRA DUOS MENSES non solverint, vendantur. Si quid ex pretiis superst, reddatur ei, cujus pignora vendita sunt.*

ARTICLE CLXXIII.

Les Bourgeois de Paris peuvent procéder par voïe d'Arrêt sur les biens des Débiteurs forains.

Par Privilege usité, quiconque est Bourgeois demeurant & habitant à Paris, & par an & par jour y a demeuré, il peut proceder par voïe d'Arrêt sur les biens de ses Debiteurs forains, trouvez en icelle Ville, posé qu'il n'y eût obligation, ni cedule, & non sur autres Débiteurs que forains.

Cet article est tiré de la Charte de Louis-le-Gros de l'année 1134, où il faut remarquer deux choses.

La premiere, que l'Arrêt dont il est ici parlé,

n'avoit lieu anciennement que sur les biens meubles des débiteurs forains justiciables du Roi, & non sur les biens meubles des justiciables des Seigneurs, parce que *l'aveu emportoit l'homme*. Voyez la note sur l'article 112.

Et la seconde, que les Bourgeois de Paris pouvoient faire cet Arrêt, sans permission du Juge ni le ministere des Sergens; ce qui n'est plus à présent en usage. Voici la Charte :

In nomine Sanctæ & individuæ Trinitatis. Amen. Ego Ludovicus *Dei gratia Francorum Rex, notum fieri volumus tam præsentibus quam futuris, quod Burgensibus nostris Paris. universis præcipimus & concedimus, si debitores sui quibus sua crediderint debita, quæ si negata fuerint legitime probari poterunt, terminis sibi à Burgensibus datis, non solverint, Burgenses de rebus debitorum suorum*, qui de justitia nostra sint, *ubicumque & quocumque modo poterunt, tantum capiant unde pecuniam sibi debitam integre & plenarie habeant*, & inde sibi invicem adjutores existant. *Et si aliquando de rebus quorumlibet ceperint, & illi se aliquid eis debere non cognoverint, si legitime inde convinci à Burgensibus non potuerint, Burgenses nullum erga nos foris factum incurrent, sed expensam & damnum, quæ sibi propter hoc facient & habebunt, illis cum lege, quæ minuit reddent & emendabunt. Volumus & præcipimus* ut Præpositus noster Parisiensis, & omnes famuli nostri Parisienses, *futuri & præsentes ad hoc sint in perpetuum adjutores, quod ne valeat oblivione deleri scripto commendari præcipimus, & ne possit à posteris infirmari, sigilli nostri autoritate, & nostri nominis caractere subterfirmavimus. Actum Parisius publice anno Incarnationis Verbi M. C. XXXIV, Regni XXVII, annuente Ludovico filio in Regem sublimato.*

Du Molin sur l'article 192 de l'ancienne Cou-

rime, & nos autres Auteurs, ſont d'avis que le forain dont les effets ont été arrêtés à Paris, doit avoir main-levée en y éliſant domicile, & y donnant caution, & que s'il propoſe des défenſes valables, la connoiſſance en doit être renvoyée à ſon Juge. Mais ſi celui dont les effets ont été arrêtés eſt juſticiable d'un Juge royal, cet avis eſt directement oppoſé à la Charte; s'il n'en eſt pas juſticiable, cet avis doit être ſuivi, & celui dont les effets ont été arrêtés, doit être renvoyé pardevant ſon Juge, pourvu néanmoins qu'il ſoit vendiqué par ſon Seigneur.

Par an & jour.] Car le droit de bourgeoiſie s'acquiert par cet eſpace de temps, comme la ſaiſine. *Voyez* les Inſtitutes de Loiſel, liv. 1, tit. 1, regle 21.

Sur les biens de ſes débiteurs forains.] Ainſi les perſonnes des débiteurs ne peuvent pas être arrêtées. La Coutume de Bruxelles, dans l'art. 38 & 39, exempte de l'Arrêt ceux qui apportent les Vendredis des vivres aux marchés, & ceux qui viennent aux foires franches. *Vide Legem ſemper Digeſtis de jure immunitatis. Legem 1, Cod. de naviculat. Legem 2, Digeſtis de Nundinis Chriſtin. ad conſ. Bruxellenſ. & Maſuerum in practica, cap. 30, n. 19.*

Comme il y a toujours à craindre que le forain ne s'échappe, la Coutume de Bruxelles ordonne très-bien, dans l'article 72, que ces ſortes d'arrêts ſe pourront faire tant les Dimanches que les Fêtes, *quia Feriæ*, dit Balde, *poſſunt quidem differre ſolutionem ſed res alterius aufferre non debent ad Legem ut proponis 1, Cod. quomodo & quando judex, &c. n. 2. Vide Peckium de jure ſiſtendi, n. 1, cap. 10, & Chriſtin. ad conſuet. Bruxellenſes.*

Et non ſur autres que forains.] L'article 70 de

la Coutume de Bruxelles, appelle ainſi ceux qui ne ſont pas Bourgeois de la Ville & qui n'y ont pas de domicile fixe.

ARTICLE CLXXIV.

Le Prévôt de Paris connoît ſeul de l'Arrêt fait par les Bourgeois.

De tel Arrêt fait en la Ville & Fauxbourgs, connoît le Prevôt de Paris, & non autre.

Le Prévôt de Paris a la connoiſſance de cet Arrêt en vertu de la Charte de Louis-le-Gros, rapportée ſur l'article précédent.

ARTICLE CLXXV.

Du Privilege des Hôteliers.

Dépens d'hôtelage livrez par Hôtes à Pellerins, ou à leurs chevaux, ſont privilegiez, & viennent à preferer devant tout autre ſur les biens & chevaux hôtelez, & les peut l'Hôtelier retenir juſqu'à païement; & ſi aucun autre creancier les vouloit enlever, l'Hôtelier a juſte cauſe de ſoi oppoſer.

Des Mares, déciſion 176, Coutumes notoires, article 50.

Facit Lex interdum D. qui potiores, quæ eſt vera ratio hujus, §. *unde ſi eſſent impenſæ ſuperfluæ non venirent, quia ſunt contra bonos mores, nec*

nec eis favendum est, imo magis inde puniendum, & præsertim si sit Lex sumptuaria. Item fallit in eo qui præberet ludis vestis. Molin. in h. art.

Devant tout autre.] Même devant les Médecins, Chirurgiens & Apothicaires, selon Brodeau sur cet article.

ARTICLE CLXXVI.

Le Meuble vendu sans terme, a suite, & peut être revendiqué par le Vendeur, en quelques mains qu'il passe.

Qui vend aucune chose mobiliaire sans jour & sans terme, espérant être païé promptement, il peut sa chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être païé du prix qu'il l'a venduë.

Voyez des Mares, décision 195; les Coutumes notoires, art. 141; & Coquille, q. 201.

Cet article semble conforme au Droit Romain dans la Loi *Procuratoris 5*, §. *18*, *de Tributoria actione*, où Ulpien parle en ces termes: *Sed si dedi mercem meam vendendam & extat, videamus ne iniquum sit in tributum me vocari; & si quidem in creditum abii, tributio locum habebit. Enim verò si non abit, quia res venditæ non alias desunt esse meæ, quamvis vendidero, nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel aliàs satisfacto, dicendum erit vindicare me posse.* Ainsi, si le *premier* acheteur vend la chose à un *second*, qui la lui paie de bonne foi, & si le *second* vend à un *troisieme*, qui la lui paie pareillement, le premier vendeur, qui n'a pas cessé d'être propriétaire & qui revendi-

que la chose, est préféré aux différens créanciers de ces différens acquéreurs ou acheteurs, quels qu'ils soient, privilégiés ou non, ainsi que du Molin le remarque sur cet article, & Godefroy sur la Loi *si ventri 24*, §. 2, *vers. si tamen. Dominus*, dit-il, *præfertur omnibus creditoribus, quantumcumque privilegiatis. Et sic* Reivendicatio *omnes actiones personales & hypothecarias superat, Leg. 5, §. 18, de tributoria, Lege 38 supra de peculio.* Ce qu'il faut entendre, pourvu que le premier vendeur puisse prouver clairement que la chose est à lui. *Vide Neguzantium de Pignoribus & hypothecis in 2 membro, 5 partis, n. 18. Straccham de Decoctoribus, tit. qui Potiores in bonis decoctorum habeantur, Covarruviam, libro 3, Variarum resolutionum, cap. 4. Scacciam de Commerciis, §. 1, q. 7, parte 2, ampliatione 8, n. 165, 166; & Antonium Fabrum ad Leg. 5, §. 18, de Tributoria.*

Quand une chose mobiliere est vendue sans jour, &c.] Platon, dans son *Traité des Loix*, vouloit que les marchandises exposées aux marchés fussent vendues & payées sur le champ, & que les ventes faites hors du marché ou à crédit fussent nulles & ne produisissent pas d'action, d'où est venu le proverbe *Græca fide mercari.*

De-là est venu que, par la Loi des douze Tables, il a été établi *ut venditæ & traditæ rei dominium non alias quam soluto pretio transferretur, §. Venditæ de rerum divisione, Inst. Leg. 19 & 55, D. de contrahendâ emptione, Lege 5, §. sed si dedi de tributoria, nec jus esset emptori rem ante pretium numeratum ut suam vindicare.* Ce qui a donné lieu à Quintilien, dans la Déclamation 336, d'user de ces mots: *Ergo convenit, ut ager tuus ita esset si æs alienum solveres non solvisse, quo jure vindicare potes eam rem, cujus pretium non dedisti.*

Et à Varron, dans le liv. 2, chap. 11 de son Traité *de re Rustica*, de dire *Grex venditus est, dominium non mutat nisi sit æs adnumeratum.*

Espérant être promptement payé] Ceci est pris de la Glose sur la Loi *quod vendis 19, Dig sis de contrahenda emptione. Sed non ne hoc ipso videor habere fidem quod rem trado. Respondeo sic nisi forte dicebas te habere pecuniam ad manus cum tamen non habeas & sic rem tradam ut supra de pignoratitia actione, Lege si quasi, &c.*

Selon la Glose sur la Loi *Incivile 12, de rei vendicatione*, le vendeur qui fait crédit pendant dix jours ne peut plus revendiquer, *quia fidem habuit de pretio*, ce que nous ne suivons pas. *Voyez l'article suivant.*

Pedro Barbosa, dans son Commentaire sur la Loi *si cum dotem 13*, §. *finali soluto matrimonio, n. 36*, remarque qu'en Portugal les Ordonnances des Rois ont aussi dérogé au Droit Romain. *In dubio*, dit-il, *non videtur habita fides de pretio. Ordination. lib. 4, tit. 34, quæ fuit opinio Fulgosii ad Legem quod vendidi, Dig. de contrahenda emptione, Aretini ad Legem quoties de rei vendicatione.*

Et late deffendit Fabianus de emptione, unde cum ob hoc non censeatur dominium translatum venditor rem tanquam suam poterit evocare & sic omnibus preferetur, &c.

In regno Portugalliæ, ordinatio, libro 4, titt. 37, §. penultimo constituit, quod si res, adjecto pacto, ut pretium solvatur intra certum tempus, si eo tempore non solvatur resolvitur traditio, & Dominus rem venditam revocare poterit, ac si à principio tradidisset non habita fide de pretio, quæ fuit opinio Joannis Glossatoris quem retulit Glossa in decl. §. venditæ.

Cette question qui a fait de la peine dans tous

les Tribunaux de l'Europe, est discutée exactement par *Gaitus*, Jurisconsulte Napolitain, dans son Traité *de Credito*, question XI, nombre 1222, jusqu'au 1234, page 381, de l'édition de 1696, à Geneve, *Nonius Acosta de privileg. creditorum regula prima ampliatione 13, pag. 222*, de l'édition de 1670; & *Ferdinandus Vasquius, libro 3, quæstionum usufrequentium, cap. 50.*

ARTICLE CLXXVII.

Si le Meuble vendu à terme est saisi sur l'Acheteur par un Créancier, le Vendeur est préféré.

Et néanmoins encore qu'il eût donné terme, si la chose se trouve saisie sur le Débiteur par un autre Créancier, il peut empêcher la vente, & est préféré sur la chose aux autres Créanciers.

Il peut empêcher la vente, & est préféré sur la chose aux autres créanciers.] Ainsi, en ce point, nous ne suivons pas les subtilités du Droit Romain dans la Loi *Procuratoris*, §. *18*, *Dig. de Tributoria actione*, où le Jurisconsulte Ulpien veut que le vendeur, *qui fidem habuit de pretio*, vienne à contribution.

Journet, sur l'article précédent, & Labbé sur celui-ci, citent des Arrêts qui ont jugé ainsi. *Voyez* Montholon dans son Recueil d'Arrêts, cap. 51; Louet, let. P, sommaire 17, n. 19.

De la Lande, dans son Commentaire sur l'article 458 de la Coutume d'Orléans, semblable à celui-ci & au précédent, prétend que le ven-

deur qui a donné terme, a le choix de requérir la restitution de sa marchandise contre les créanciers de l'acheteur qui l'ont saisie; s'il y a plus d'avantage de la reprendre, ou de consentir qu'elle soit vendue par Justice, à la charge de son privilege sur les deniers qui en proviendront. Et s'ils ne se trouvent pas suffisans pour le payer, que pour le surplus, il aura son action, comme créancier & non privilégié, sur les autres biens du débiteur. Et il renvoie à Louet, let. P, n. 19; à Montholon, chap. 51; à Bouguier, let. C, n. 9, & à Charondas, aux Arrêts qu'il a fait imprimer à la fin de sa Coutume. *Vide Durandum seu speculatorem, tit. de obligationibus & solutionibus versiculo sed quid si primo & versiculo quod si vendidi.*

ARTICLE CLXXVIII.

En exécution de Meubles, le premier Saisissant est le premier païé.

Le Créancier qui fait premier arrêter & saisir valablement, ou prendre par exécution aucuns meubles appartenans à son débiteur, doit être le premier païé.

Le créancier qui fait premier arrêter & saisir valablement, ou prendre par exécution aucuns meubles.] Cet article, comme l'on voit, ne fait pas de distinction entre la *Saisie*, *l'Arrêt* & *l'exécution*. Et par conséquent celui qui fait saisir & arrêter le premier les meubles de son débiteur, est préféré à celui qui a usé ensuite d'exécution, & qui les a fait transporter. Ainsi les propriétaires

de maisons, qui, par l'article 161, n'ont que la voie d'Arrêt ou de simple Gagerie, peuvent, suivant l'article 171, *suivre les biens de leurs locatifs ou fermiers exécutés*, encore qu'ils soient transportés, *pour être premiers payés de leurs loyers ou moisons*, & iceux arrêtés, *jusqu'à ce qu'ils soient vendus par autorité de Justice.* Et la raison de cet article est que ce qui est simplement *arrêté* ne devient pas moins le gage du créancier que ce qui est *exécuté*. Voy. sur ce sujet Christyn sur l'art. 79 de la Coutume de Bruxelles; Knobbart sur l'article 9 de celle de Gand, tit. 4, & Peckium *de jure sistendi*, *cap.* 40, *n.* 7.

Labbé, dans sa note sur l'article 172, cite un Arrêt du 19 Janvier 1591, par lequel il dit avoir été jugé que le créancier qui avoit fait saisir & exécuter les meubles trouvés en la possession de son débiteur, & iceux fait déplacer, bien qu'il fût le dernier exécutant, étoit préférable au plus ancien, qui s'étoit contenté d'une simple exécution, sans déplacer & transporter les meubles, ce qui ne peut avoir lieu que lorsqu'il y a présomption de collusion, comme lorsque le premier saisissant qui pouvoit exécuter & faire transporter les meubles de son débiteur, s'est contenté de le faire arrêter pour lui faire plaisir.

Doit être le premier payé.] Après les créanciers privilégiés. *Voyez la note sur l'article 179.*

La question qui suit s'est présentée en interprétation des articles 176, 177 & 178, la dame de Boullemont vendit au nommé Boulland, Marchand à Versailles, trois cens quatre-vingt-cinq pieds d'arbres, pour la somme de 4650 l.

Boulland fit façonner & scier de long les gros bois, par les nommés Ponts, & il employa d'autres Ouvriers pour faire les fagots & les bois de charronnage.

La dame le Jay n'ayant été payée que *de la somme de 2050 livres*, & ayant appris que Boulland avoit enlevé & vendu la plus grande partie de ses bois, elle le poursuivit pour le paiement de 2600 livres qui lui restoient dues; & l'ayant fait condamner par Sentence des Consuls, elle fit saisir sur lui ce qui restoit de bois, & fit procéder à la vente.

Les Ponts, sieurs de Long, qui disoient n'avoir pas été payés de leurs ouvrages, qui raptoient une promesse de Boulland sous signature privée de la somme de 444 livres, & qui l'avoient fait condamner aux Consuls de la leur payer, *formerent opposition aux publications*, ils demanderent *d'être payés par préférence* sur ces bois, & l'adjudication fut faite à la dame le Jay plus offrante, pour 2400 livres, à la charge de l'opposition des Ponts.

Cette opposition ayant donné lieu à un procès dans les formes, la dame le Jay soutint au Châtelet que les Ponts étoient mal fondés dans leur demande, parce que tous les bois *qu'ils avoient façonnés*, & sur lesquels ils auroient pu espérer quelque privilege jusqu'à concurrence de leurs façons, ayant été vendus par Boulland, à l'exception de trente-deux pieces seulement, il n'étoit pas possible qu'ils eussent un privilege sur des bois qui ne se trouvoient plus.

Les Ponts ayant soutenu au contraire qu'ils avoient tout façonné, il y eut Sentence au Châtelet, qui ordonna des enquêtes respectives; & ces enquêtes ayant fait foi que tous les bois façonnés par les Ponts, *à l'exception des trente-deux pieces*, avoient été vendus par Boulland, & que tous *les bois saisis qui restoient étoient en grume, ou façonnés par d'autres Ouvriers qui avoient été payés* & qui ne demandoient rien, la

queſtion fut de ſavoir qui ſeroit *payé par préférence* ſur les bois ſaiſis, non façonnés & en grume qui reſtoient, ou de l'appellante ou des Ponts.

Les Ponts diſoient que par leurs ouvrages les bois avoient été augmentés de valeur, & que par cette raiſon ils devoient avoir un privilege excluſif à tout autre, & même à la vendereſſe, *non-ſeulement ſur ce qu'ils en avoient façonné, mais ſur tout ce qui avoit été vendu à Boulland*, & ce qui en reſtoit ſaiſi.

La dame le Jay répondit 1°. que s'ils avoient eu un privilege, ce ne pouvoit avoir été que ſur les bois ſeulement qu'ils avoient façonnés; mais que ce qu'ils en avoient façonné, *à l'exception de trente-deux pieces*, ayant été vendu par Boulland qui les avoit enlevés, leur prétendu privilege étoit évanoui.

2°. Quelle perdoit ſur le prix de ſes bois.

3°. Et enfin que quand ils auroient un privilege ſur les bois qui reſtoient, quoiqu'en grume ou façonnés par d'autres Ouvriers, elle en avoit deux préférables au leur. *Le premier* comme vendereſſe, en vertu des articles 176 & 177 de la Coutume; & *le ſecond*, comme premiere ſaiſiſſante, en vertu de l'article 178.

Par Arrêt du 2 Juillet 1717, les Ponts ont été préférés non-ſeulement ſur les trente-deux pieces qu'ils avoient façonnés, mais encore ſur *tous les bois ſaiſis* par la dame le Jay, quoiqu'en grume ou façonnés par d'autres Ouvriers qu'eux qui avoient été payés; mais l'on ne croit pas que cet Arrêt puiſſe être tiré à conſéquence.

ARTICLE CLXXIX.

Il n'y a point de préférence sur les Meubles, quand il y a déconfiture.

Toutefois en cas de déconfiture chacun Creancier vient à contribution au sol la livre sur les biens meubles du debiteur, & n'y a point de preference ou prérogative pour quelque cause que ce soit, encore qu'aucun des Créanciers eût fait premier saisir.

Le grand Coutumier, L. 2, chap. 17, p. 129; Coutumes notoires, article 153; Coquille, pag. 201.

Il n'y a point de préférence ou prérogative pour quelque cause que ce soit.] A l'exception des dettes suivantes, qui sont préférées, savoir:

Les frais de Justice.

Le dépôt, art. 182.

Le prix de la chose mobiliaire vendue sans terme, art. 176.

La dette du créancier saisi du gage, art. 181.

Les frais funéraires.

Le dépens d'Hôtelage, art. 175.

Les loyers de maisons & les moisons, art. 171. *Voyez-y la note.*

Le prix de la chose mobiliaire vendue à jour & à terme, art. 177.

Les salaires dus aux Médecins, Chirurgiens & Apothicaires pour la derniere maladie.

Les salaires des serviteurs & servantes.

ARTICLE CLXXX.

Ce que c'eſt que la Déconfiture.

Le cas de la déconfiture eſt quand les biens du Debiteur, tant meubles qu'immeubles ne ſuffiſent aux Créanciers apparens; & ſi pour empêcher la contribution, ſe meut different entre les Créanciers apparens, ſur la ſuffiſance ou inſuffiſance deſdits biens, les premiers en diligence qui prennent les deniers des meubles par eux arrêtez, doivent bailler caution de les rapporter pour être mis en contribution, au cas que leſdits biens ne ſuffiſent.

Des Mares, déciſion 272. Le grand Coutumier, liv. 2, ch. 17, p. 129.

Les premiers en diligence qui prennent les deniers, doivent bailler caution de les rapporter pour être mis en contribution.] Et s'ils les rapportent, ils doivent être indemniſés par les autres créanciers des dépens & miſes de l'exécution. Clermont, art. 58.

ARTICLE CLXXXI.

Le Creancier ſaiſi du Meuble qui lui eſt engagé, ne vient point à contribution.

Et n'a lieu la contribution, quand le Creancier ſe trouve ſaiſi du meuble qui lui a été baillé en gage.

Les Coutumes notoires, art. 153, à la fin.

Qui lui a été baillé en gage.] Mais par l'article 8 de l'Ordonnance pour le Commerce, au titre des intérêts de change. *Aucun prêt ne* doit être *fait sous gage, qu'il n'y en ait un acte pardevant Notaires, dont sera retenu minute, & qui contiendra la somme prêtée, & les gages qui auront été délivrés, à peine de restitution des gages à laquelle le preſteur sera contraint par corps, sans qu'il puisse prétendre de privilege sur les gages, sauf à exercer ses autres actions.*

De cet article il résulte, selon Cujas & Maran, que le créancier a hypotheque sur le meuble quand il en est nanti & en possession. *Nota*, dit Maran, *quod Cujacius observat, ut illa consuetudo*, biens meubles n'ont point de suite & hypotheque. *Intelligatur de nuda conventione neque habeat locum si pignus sit traditum, ad Leg. 9, Cod. de Pignoribus.* Voyez Cambolas, liv. 4, chap. 4.

ARTICLE CLXXXII.

Quand le Dépôt se trouve en nature, il n'y a point de contribution.

Aussi n'a lieu la contribution en matiere de dépôt, si le dépôt se trouve en nature.

Des Mares, décision 244, 273. *Vid. Leg. 7*, §. 2. *D. depositi, Leg. si ventri 24*, §. 2. *D. de reb. ann. Jud. poss. Decium Cons. 145.*

*

ARTICLE CLXXXIII.

Les biens ſont confiſquez avec le corps.

Qui confiſque le corps, il confiſque les biens.

Voyez Brodeau ſur cet article.

C'eſt une regle générale que *les meubles ſuivent le corps* ou la perſonne ; c'eſt-à-dire, que les meubles d'un défunt ſe reglent par la loi de ſon domicile, en quelques lieux ou quelques Coutumes qu'ils ſoient ; & de-là il s'enſuit que le *Seigneur qui confiſque le corps d'un criminel doit auſſi confiſquer ſes biens*, ce qu'il faut entendre des *biens meubles* ſeulement, & non des immeubles, qui, ne ſuivant pas le corps, doivent appartenir aux Seigneurs dans le territoire deſquels ils ſont.

La queſtion de ſavoir ſi, dans le cas de *confiſcation*, les meubles devoient ſuivre le corps comme dans le cas de *ſucceſſion*, a été traitée par les anciens Docteurs ou Commentateurs du Droit Romain. Et Balde entr'autres, ſur la Loi *Mercatores*, au Code *de Commerciis*, n. 2, a été d'avis qu'ils devoient ſuivre le corps dans un cas comme dans l'autre ; & ſon avis a été ſuivi par Alexandre dans ſon Conſeil 31, volume premier, nomb. 5. Joignez l'Auteur du grand Coutumier, liv. 4, chap. 6, p. 541, & du Pont ſur l'article 229 de la Coutume de Blois.

Mais aujourd'hui l'on peut dire que *les meubles ne ſuivent plus le corps en cas de confiſcation*, parce qu'ils appartiennent aux différens Seigneurs Hauts-Juſticiers, dans le territoire deſquels ils ſe trouvent, ſuivant le ſentiment de du Molin dans

ſa note ſur le Conſeil 16 d'Alexandre, volume premier, confirmée par l'article 346 de la Coutume de Rheims, qui porte que *s'il y a biens vacans en divers lieux, chacun Seigneur Haut-Juſticier doit avoir ceux qui ſont en ſa Seigneurie & Haute Juſtice, tant meubles qu'immeubles.* Ce qui n'eſt pas ſans raiſon, les Seigneurs prenant ces biens comme vacans & non comme héritiers. *Voyez* Bacquet *des Droits de Juſtice*, chap. 13, n. 4, 5, 6, & les Auteurs cités par Brodeau ſur cet article, nomb. 21, 23.

TITRE NEUVIEME.

DE SERVITUDES ET RAPPORTS DE JURÉS.

LES Servitudes ſont ou *perſonnelles*, ou *réelles*. Les Servitudes perſonnelles *ſunt jura per quæ res alienæ alteri perſonæ ſerviunt. Leg. Dominus 57. D. de uſufructu.* Il n'eſt point ici queſtion de ces ſervitudes, mais des réelles ſeulement.

Les Servitudes réelles, *ſunt jura per quæ prædia unius, alterius prædiis ſerviunt*, ou ſelon Bartole, *ſunt jura quæ prædio inhærent, ipſiuſque utilitatem reſpiciunt, & alterius libertatem ſeu jus diminuunt.*

Perſonne ne peut réguliérement ſe ſervir de l'héritage de ſon voiſin, ou y cauſer le moindre dommage, ſans le conſentement du voiſin, ou ſans droit de Servitude; & comme les Servitudes, ainſi que les alignemens, les périls imminens, les terraſſes & jardinages, les toiſés & les eſtimations des ouvrages de maçonnerie, donnent ſouvent lieu à des viſites; de-là vient qu'on

a joint dans ce titre les *Servitudes* avec les *rapports de Jurés.*

Les Jurés sont ici des Experts dans les ouvrages *de maçonnerie, charpenterie, couverture, menuiserie, sculpture, peinture, dorure, marbrerie, serrurerie, vitrerie, plomb & pavé, &c.*

Ces Experts sont nommés *Jurés*, parce qu'ils doivent affirmer, avant que de procéder aux visites, qu'ils feront un rapport fidele.

Par l'Edit du mois de Mai 1690, portant suppression des Offices de Jurés Maçons, Charpentiers créés en 1574, le Roi a *érigé en titre d'Offices formés & héréditaires, en la Ville de Paris, cinquante Experts jurés, savoir, vingt-cinq Bourgeois ou Architectes, qui auront expressément, & par acte en bonne forme, renoncé à faire aucunes entreprises, directement par eux, ou indirectement par personnes interposées, ou aucunes associations avec des Entrepreneurs, à peine de privation de leurs Charges; & vingt-cinq Entrepreneurs, Maçons, ou maîtres Ouvriers. Leurs salaires sont de six livres pour chacune vacation dans la Ville & les Fauxbourgs de Paris, & de sept livres dix sols quand ils sont obligés de se transporter dans la Banlieue.*

Le Roi, par le même Edit, a aussi créé à Paris par augmentation, quatre Greffiers des Bâtimens ou de l'Ecritoire, aux mêmes droits, honneurs & prérogatives, que les seize qui étoient alors en charge; de sorte qu'il y en a vingt à présent.

Le Greffier des Jurés Maçons étoit appellé *Clerc de l'Ecritoire*, comme il se voit dans l'Edit de Henri III, de l'an 15 7; & de-là vient que dans l'article 185, il est dit que la minute du rapport doit être mise ès mains *du Clerc.* Voyez la note sur cet art. sur le 184, & le Procès-verbal.

ARTICLE CLXXXIV.

En matieres ſujettes à viſitation, les Parties doivent convenir d'Experts, & ſi elles n'en conviennent, le Juge en doit nommer d'Office.

En toutes matieres ſujettes à viſitation, les Parties doivent convenir en jugement de Jurez ou Experts, & gens à ce connoiſſans, qui font le ſerment pardevant le Juge. Et doit être le rapport apporté en Juſtice, pour, en plaidant ou en jugeant le procez, y avoir tel égard que de raiſon, ſans qu'on puiſſe demander amendement. Peut neanmoins le Juge ordonner autre ou plus ample viſitation être faite s'il y échet. Et où les Parties ne conviennent de perſonne, le Juge en nomme d'Office.

Cet article eſt en partie abrogé par l'Edit du mois de Mai 1690, portant création de Jurés Experts & Greffiers de l'Ecritoire dans toutes les Villes du Royaume; par lequel défenſes ſont faites *à toutes perſonnes de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, & ſous quelque prétexte que ce puiſſe être, de faire aucuns rapports, arrêtés de mémoire, viſites, & autres actes concernant* les ouvrages de mâçonnerie; *aux Parties de convenir en Juſtice pour Experts, d'autres que ceux qui ſeront pourvus deſdits Offices; aux Juges d'en nommer d'office, & d'avoir égard aux rapports qui pourroient être faits par d'autres; & aux Greffiers de*

l'Ecritoire, de recevoir & expédier aucuns rapports; que ceux qui seront rendus par lesdits Jurés, à peine de nullité de tous lesdits actes, dépens, dommages & intérêts des Parties, & de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans.

Lorsque les Experts ont fait un juste & fidele rapport, le Juge ne peut se dispenser de suivre leur avis, soit qu'il soit unanime, ou qu'après avoir été partagés il y ait eu un tiers qui les ait départagés, ensorte qu'ils soient deux contre un seul; & il en est dans ce cas comme de témoins sans reproche dont le Juge doit suivre les dépositions, parce qu'il doit juger *secundum allegata & probata.* Vid. *Bronchostium, centuria 1, cap. 14, & Zouchæum, lib. quæst. juris, classe 10, cap. 9.*

Mais comme les Experts, souvent gagnés par les Parties, sont peu fideles, s'il y a preuve ou suspicion de fraude, alors tout est à l'arbitrage du Juge, comme du Molin l'a très-bien remarqué sur l'article 79 de l'ancienne Coutume de Paris, nombre 2, où il dit que *Judex potest ex officio supplere, si rationes* d'un rapport de Jurés, *non concludant vel suspectæ sint.* Et de-là vient que les Réformateurs ont ajouté à cet article, que doit être le rapport apporté en Justice, pour en plaidant ou jugeant le procès y avoir tel égard que de raison. Touchant les Experts, voyez Coquille, Q. 300. *Canonem ut constituatur 50, Distinct. Calvinum in lexica in V. Peritiâ, Legem 1, in principio de inspiciendo ventre, Legem septimo mense de statu hominum; Menochium de arbitrariis judiciis, lib. 2, cap. 113, 114;* d'Olive, liv. 4, *cap. 12, pag 595, & Harmenopulum & Doctores ad Legem comparationes, Codice de fide instrumentorum.*

Sans qu'on puisse demander amendement.] Anciennement quand une des Parties n'étoit point

contente du rapport, elle en requéroit *l'amendement*, c'eſt-à-dire, la *réviſion* & la correction. *Vide Leg. Societatem*, §. *arbitrorum D. Pro Socio*, *Leg. ſi quis arbitratu D. de V. Obl.* Mais par cet article, cet ancien uſage eſt aboli. *Voyez le Procès verbal.*

ARTICLE CLXXXV.

Le Rapport fait & ſigné par les Jurez, doit être mis à l'inſtant entre les mains du Clerc, & délivré par le Clerc aux Parties dans vingt-quatre heures.

Et ſont tenus leſdits Jurez ou Experts, & gens connoiſſans, faire & rediger par écrit, & ſigner la minute du rapport ſur le lieu, & paravant qu'en partir, & mettre à l'inſtant ladite minute ès mains du Clerc qui les aſſiſte, lequel eſt tenu dedans les vingt-quatre heures après, délivrer ledit rapport aux Parties qui l'en requierent.

L'Edit de Henri III, du 21 de Novembre 1577, vérifié au Parlement le 2 Décembre ſuivant, permettoit aux Experts & gens à ce connoiſſans, ou à celui que les Parties vouloient choiſir, de rédiger par écrit le rapport, ſans qu'il fût néceſſaire de prendre ou d'appeller le Greffier ou *le Clerc* de l'Ecritoire; de ſorte que quand il eſt dit dans cet article, que la minute du rapport ſera miſe à l'inſtant *ès mains du Clerc*, cela doit être entendu au cas que le Clerc ait été appellé. Mais par l'Edit du mois de Mai 1690,

portant création de charges héréditaires de Jurés Experts, & de Greffiers de l'Ecritoire pour rédiger les rapports, il eſt défendu *à tous les Greffiers de faire la fonction d'Experts, directement ni indirectement, en quelque maniere que ce ſoit; & pareillement à tous leſdits Experts & autres, de ſe ſervir d'autres perſonnes que deſdits Greffiers, pour recevoir leurs rapports.*

La minute du rapport.] Dans les conteſtations que l'on a contre des Maçons & autres Ouvriers que l'on fait régler par Experts, la queſtion eſt ſouvent de ſavoir qui paiera les frais du rapport ou du procès-verbal, & le coût du Jugement. Voici ce que j'ai vu arriver à ce ſujet,

Un Compagnon Maçon, envoyé par un Maître, fit pluſieurs réparations dans la maiſon de campagne d'un Bourgeois. Ce Compagnon fit ſon mémoire, & le Maître Maçon qui étoit d'intelligence avec lui pour frauder le Bourgeois, arrêta le mémoire à huit cens cinquante livres.

Le Bourgeois qui trouva le mémoire & cet arrêté exorbitans, pria un Architecte de viſiter ces ouvrages.

L'Architecte, après les avoir vus, fut d'avis qu'il n'y en avoit que pour cent cinquante livres, mais que pour ſortir d'affaire, & ſe rédimer de vexation, il falloit donner *quatre cens livres.*

Comme les Parties étoient en Juſtice réglée, le Bourgeois offrit au Compagnon Maçon les quatre cens livres; & le Compagnon n'ayant pas voulu les accepter, il y eut des Experts nommés de part & d'autre, qui fixerent le mémoire du Maçon à la ſomme de *trois cens trente-cinq livres.*

Le Bourgeois offrit au Compagnon ces *trois cens trente-cinq livres.* Et le Maçon qui conſentit l'entérinement du procès-verbal, les accepta.

La question fut de savoir qui, du Bourgeois ou du Maçon, paieroit le coût du procès-verbal des Experts & de la Sentence? Et il fut décidé que le Bourgeois seul paieroit entiérement & l'un & l'autre. Ensorte qu'il en coûta autant au Bourgeois, que s'il avoit payé au Compagnon Maçon les huit cens cinquante livres qu'il ne lui devoit pas.

Il n'y a personne qui ne voie que cette Sentence étoit d'autant plus injuste qu'elle autorisoit la mauvaise foi de l'Ouvrier, & que le Bourgeois qui gagnoit son procès, en faisant diminuer le mémoire du Maçon de cinq cens quinze livres, en payoit les dépens.

Dans ces sortes de cas, il faudroit, ce semble, distinguer qui a fait la mauvaise contestation, & qui succombe du Bourgeois ou du Maçon.

Lorsque le Maçon a agi de bonne foi, & n'a demandé au juste que ce qu'il lui falloit, c'est au Bourgeois qui a mal donné lieu à la visite des Experts de la payer. Mais lorsqu'au contraire c'est le Maçon qui, par sa demande exorbitante, a donné lieu au procès-verbal, c'est à lui, sans difficulté, à le payer, si sa demande est réduite, & non au Bourgeois; & sur-tout quand le Bourgeois, avant le procès-verbal, a fait au Maçon des offres plus que suffisantes.

Quant au coût de la Sentence, si le Maçon n'a demandé que ce qui lui étoit justement dû; & si le Bourgeois a mal contesté, c'est au Bourgeois condamné de le payer seul.

Mais si le Maçon qui a demandé plus qu'il ne lui falloit, a succombé, parce que son mémoire a été réduit, le Bourgeois, dans ce cas, doit porter une partie du coût de la Sentence, parce qu'il doit être condamné de payer au Maçon la somme qui a été réglée par les Experts;

& le Maçon doit en payer l'autre partie, parce qu'il ſuccombe à l'égard de ce qu'il a demandé de trop.

Les raiſons qui déterminerent à faire gagner le procès au Maçon, ſurprendront le Lecteur. On diſoit pour lui, que ce qu'on nomme en Droit *pluris petitio*, n'a pas lieu en France, & que *c'eſt au débiteur, qui a toujours tort, de payer le titre de ſon créancier.*

Il eſt vrai que par le Droit Romain, celui qui demandoit frauduleuſement plus qu'il ne lui étoit dû, perdoit totalement ſa cauſe. *Si quis in intentione ſuâ plus complexus fuerit quam ad eum pertineat, cauſâ cadebat id eſt rem amittebat*, §. 33, *Inſtitutionibus de actionibus.* Nous avons rejetté ce droit, & nous avons voulu que celui qui demanderoit trop, fût du moins payé de ce qui lui ſeroit légitimement dû; mais de-là, & de ce que c'eſt régulièrement au débiteur de payer le titre du créancier, il ne s'enſuit point que celui qui perd ſon procès à l'égard de ce qu'il a trop demandé, n'en doive les dépens.

Le Jugement eût été beaucoup plus régulier ſi le Maçon eût été condamné à payer les frais faits depuis les offres trouvées ſuffiſantes pour le paiement de ce qui étoit dû. Il faut obſerver encore que les offres doivent être réelles & ſuivies de conſignation. A l'égard du coût de la Sentence, il doit être compenſé, parce qu'il fait le titre de l'une & l'autre Partie.

ARTICLE CLXXXVI.

On ne peut point acquerir par Preſcription le droit de Servitude, mais on peut acquérir la liberté.

Droit de Servitude ne s'acquiert par longue joüiſſance quelle qu'elle ſoit, ſans titre, encore que l'on en ait joüi par cent ans ; mais la liberté ſe peut réacquerir contre le titre de Servitude par trente ans entre âgez & non privilegiez.

Cet article décide une grande queſtion, & ſur laquelle les Commentateurs du Droit Romain ont été partagés.

Par l'ancien Droit Romain, les Servitudes prédiales *non poterant uſucapi*, parce qu'elles ne pouvoient être poſſédées, & qu'il n'étoit pas poſſible d'en uſer ſans intermiſſion & continuellement.

Quant aux Servitudes *prædiorum urbanorum*, *poterant uſucapi quia tales ſunt ut habeant continuam poſſeſſionem.* Mais par la Loi *Scribonia* l'uſucapion en fut défendue *in Italico ſolo.*

Dans les Provinces où l'uſucapion n'avoit pas lieu à l'égard des immeubles, les ſervitudes pouvoient être acquiſes ſans titre & bonne foi, par un temps immémorial, qui eſt appellé *veſtuſtas* dans la Loi premiere, à la fin, & dans la Loi ſeconde, au commencement, *De aquâ & aquæ pluviæ arcendæ.* Joignez la Loi 10, Dig. *ſi ſervitus vindicetur ;* & ſur ces trois Loix, voyez d'Avezan *de Servitutibus*, page 565 ; Jacques

Godefroy *ad Legem ultimam Codice Theodosiano de longi temporis præscriptione*, tome 1, pag. 382, col. 2; & *Galvanum de usufructu, cap. 12, n. 8.*

L'effet de cette possession immémoriale, qui fut ainsi reçue dans l'Italie, étoit de produire *une exception perpétuelle* ou *une prescription*, avec *une action utile*, comme il est dit dans la Loi *si quis diurno*, *Dig. si servitus vindicetur.*

Dans la suite l'usage s'établit, tant dans l'Italie comme dans les autres Provinces, que *les servitudes pourroient être acquises par la prescription de dix années* entre présens, & de *vingt années* entre absens, avec titre & bonne foi.

En 1531, Justinien ayant donné, en de certains cas, à la prescription de dix ans entre présens & vingt ans entre absens, la force & l'effet de l'usucapion, par son titre du Code *de usucapione transformandâ & de sublatâ differentiâ rerum mancipi & nec mancipi*, la question fut de savoir si les Servitudes pouvoient être acquises par la nouvelle usucapion introduite par ce Prince; c'est-à-dire, par la possession de dix ans entre présens, & de vingt ans entre absens, avec titre & bonne foi. Quelques-uns, comme Antoine Faber & Schiffordegher, ont prétendu que pour la prescription des Servitudes, même après les constitutions de Justinien, sous le titre *de usucapione transformandâ*, *& de præscriptionibus longi temporis*, il ne falloit ni titre, ni bonne foi; & M. Cujas, sur le titre du Code *de præscriptione longi temporis*, a soutenu le contraire; & en cela les Réformateurs ont été de son avis. De sorte que, suivant cet article, nulle Servitude ne peut être acquise par quelque espace de temps que ce soit, à moins qu'il n'y ait *titre & bonne foi*, auquel cas elle se peut acquérir par *dix ans* entre présens, & vingt ans entre absens, selon l'art. 113

ci-dessus. *Vide Schiffordegherum, tom. 1, lib. 1, tractatu 6; d'Avezan de Servitutibus, pag. 663; Rœvardum in Triboniano & ad Legem Scriboniam. Cujacium ad Leg. 4, Dig. de usucapionibus & ad titulum de præscriptione longi temporis in paratitis, &c. Vinnium, lib. 1, Selectarum quæstionum capite... Gonzalez & Valboam ad tit. lib. 2, Decretalium, pag. 25; Lagunnez de fructibus, p. 565; Pecchium de aquæductibus, lib. 1, q. 1, n. 55, tom. 1, lib. 1, cap. 4, pag. 149; Janum à Costa ad Legem 14, Digestis de Servitutibus; & Jacob. Gothof. ad Legem ult. Cod. Theod. de longi temporis præscriptione;* & Coquille dans son Institution du Droit François, au titre *des Servitudes*, p. 64 de l'édition de 1665.

ARTICLE CLXXXVII.

Celui qui a le sol, a le dessus & le dessous.

Quiconque a le sol appellé l'étage du rez de chaussée d'aucun heritage, il peut & doit avoir le dessus & le dessous de son sol, & peut édifier par dessus & par dessous, & y faire puits, aisemens, & autres choses licites, s'il n'y a titre au contraire.

ARTICLE CLXXXVIII.

Quel contre-mur il faut faire en une Etable.

Qui fait étable contre un mur moitoïen, il doit faire contre-mur de huit

pouces d'époiſſeur, de hauteur juſqu'au rez de la mangeoire.

Ce contre-mur doit être mis, afin que le fumier ne corrompe point le mur métoyen. L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, tit. 38 *des Vues*, pag. 252. *Qui fait étable contre mur métoyen, il doit faire contre-mur de demi-pied d'epoiſſeur, ou au moins de l'épaiſſeur accoûtumée entre les Maçons; & doit être depuis terre juſqu'au rez de la mangeoire, pour les fiens qui pourriroient ledit mur.*

ARTICLE CLXXXIX.

Quel contre-mur il faut faire aux cheminées.

Qui veut faire cheminées & âtres contre le mur moitoïen, doit faire contre-mur de thuilots ou autre choſe ſuffiſante de demi-pied d'époiſſeur.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch 38, page 252.

Ces contre-murs doivent avoir réguliérement quatre pieds de hauteur; dans les grandes cuiſines ils doivent avoir davantage; & dans les chambres, quand on met une plaque, on ne fait point de contre-mur.

ARTICLE CXC.

Comment on peut bâtir un four & une forge contre un mur metoïen.

Qui veut faire forge, four & fourneau contre le mur moitoïen, doit laisser demi-pied de vuide & intervalle entre-deux du mur, du four ou forge; & doit être ledit mur d'un pied d'époisseur.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 38, pag. 254.

Doit laisser un demi-pied de vuide.] Ce vuide s'appelle *isolement*, & aux fours on le nomme la *ruelle* ou le *tour du chat*. Il faut de plus, que le mur du four ait un pied d'épaisseur à l'endroit le plus foible, c'est-à-dire aux reins de la voûte, & que ce mur soit enduit de plâtre ou mortier du côté vuide.

ARTICLE CXCI.

Comment on peut bâtir des aisances ou des puits contre un mur metoïen.

Qui veut faire aisances de privez, ou puits contre un mur moitoïen, il doit faire contre-mur d'un pied d'époisseur; & où il y a de chacun côté, puits, ou bien puits d'un côté & aisance de l'autre, suffit qu'il y ait quatre pieds de mâçonnerie d'époisseur

entre-deux, comprenant les époisseurs des murs d'une part & d'autre; mais entre-deux puits suffisent trois pieds pour le moins.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 38, p. 252.

Qui veut faire aisances de privez, contre un mur moitoïen, il doit faire contre-mur d'un pied d'époisseur] à l'endroit des fosses jusqu'au dessus de la voûte; car pour la conduite des chausses jusqu'en haut, il ne faut qu'un isolement de quatre ou cinq pouces entre les chausses & le mur méjoyen.

ARTICLE CXCII.

Comment on peut avoir des terres labourées ou jectisses contre un mur metoïen.

Celui qui a place, jardin, ou autre lieu vuide qui joint immediatement au mur d'autrui, ou à mur moitoïen, & il veut faire labourer & fumer, il est tenu faire contre-mur de demi pied d'époisseur, & s'il a des terres jectisses, il est tenu faire contre-mur d'un pied d'époisseur.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 38, p. 253.

Il veut faire labourer & fumer, il est tenu faire contre-mur de demi-pied d'époisseur,] afin que le labour n'endommage point le pied du mur.

Et s'il y a terres jectisses. C'est ainsi qu'on appelle des terres rapportées pour exhausser un terrein.

ARTICLE CXCIII.

Il doit y avoir des privez dans toutes les maisons de la Ville & des Fauxbourgs de Paris.

Tous Propriétaires de maisons en la Ville & Fauxbourgs de Paris, sont tenus avoir latrines, & privez suffisans en leurs maisons.

ARTICLE CXCIV.

On peut bâtir contre un mur non meïtoïen, en païant la moitié du mur & de la fondation jusqu'à son heberge.

Si aucun veut bâtir contre un mur non moitoïen, faire le peut, en païant moitié tant dudit mur que fondation d'icelui, jusqu'à son heberge, ce qu'il est tenu païer paravant que de rien démolir ni bâtir. En l'estimation duquel mur est compris la valeur de la terre sur laquelle est ledit mur fondé & assis, au cas que celui qui a fait le mur l'ait tout pris sur son heritage.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 38, p. 251.

ARTICLE CXCV.

On peut hauſſer un mur metoïen, en payant les charges.

Il eſt loiſible à un voiſin hauſſer à ſes dépens le mur moitoïen d'entre lui & ſon voiſin, ſi haut que bon lui ſemble, ſans le conſentement de ſondit voiſin, s'il n'y a titre au contraire, en païant les charges; pourvû toutefois que le mur ſoit ſuffiſant pour porter le rehauſſement, & s'il n'eſt ſuffiſant, faut que celui qui veut rehauſſer, le faſſe fortifier, & ſe doit prendre l'époiſſeur de ſon côté.

M. Tournet cite ſur cet article un Arrêt du 24 Janvier 1559, qui a jugé que le mur qu'un voiſin avoit élevé ſeroit abaiſſé, parce qu'il étoit ſi haut que la maiſon de l'autre voiſin en étoit obſcurcie. Mais la queſtion s'étant de rechef préſentée le 5 Février 1658, elle fut décidée en faveur du voiſin qui avoit relevé le mur métoïen; de ſorte que la Cour a jugé par ce dernier Arrêt, que cet article devoit être entendu purement & ſans reſtriction. *Voyez* M. Soefve, tom. 2, Centurie 1, chap. 87.

ARTICLE CXCVI.

Quand un mur metoïen eſt bon pour clôture, celui qui veut le faire abatre, pour le rebâtir, doit en faire les frais ſans païer aucunes charges.

Si le mur eſt bon pour clôture, & de durée, celui qui veut bâtir deſſus, & démolir ledit mur ancien, pour n'être ſuffiſant pour porter ſon bâtiment, eſt tenu de païer entierement tous les frais, & en ce faiſant ne païera aucunes charges; mais s'il s'aide du mur ancien, païera les charges.

Mais s'il s'aide du mur ancien, païera les charges, à moins toutefois que ſans l'abattre ou le démolir, il ne le fortifie, & ne prenne l'épaiſſeur de ſon côté; de ſorte que dans ce cas, le voiſin qui n'a beſoin que d'un mur de clôture, s'il veut être payé des charges, il doit contribuer pour ſa part à la plus-épaiſſeur du mur, depuis la fondation juſqu'à dix pieds au-deſſus du rez-de-chauſſée. *Voyez l'article 195.*

ARTICLE CXCVII.

Ce qu'il faut païer pour les charges.

Les charges ſont de païer & rembourcer par celui qui ſe loge & heberge ſur & contre le mur moitoïen, de ſix toiſes l'une, de ce qui ſera bâti au-deſſus de dix pieds.

ARTICLE CXCVIII.

On peut bâtir contre un mur metoïen, en païant la moitié du mur.

Il eſt loiſible à un voiſin ſe loger ou édifier au mur commun & moitoïen d'entre lui & ſon voiſin, ſi haut que bon lui ſemblera, en païant la moitié dudit mur moitoïen, s'il n'y a titre au contraire.

Voyez les articles 194, 195, 196.

ARTICLE CXCIX.

On ne peut point faire des feneſtres dans un mur moitoïen.

En mur moitoïen ne peut l'un des voiſins, ſans l'accord & conſentement de l'autre, faire faire feneſtres, ou trous pour vûë, en quelque maniere que ce ſoit, à verre dormant ni autrement.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 38, p. 353.

ARTICLE CC.

Comment on peut avoir des vûës dans un mur propre, joignant ſans moïen l'heritage d'autrui.

Toutefois ſi aucun a mur à lui ſeul appartenant, joignant ſans moïen à l'heritage d'autrui, il peut en icelui mur avoir feneſtres, lumieres, ou vûës, aux Us & Coûtumes de Paris; c'eſt à ſavoir de neuf pieds de haut au-deſſus du rez de chauſſée, & terre quant au premier étage, & quant aux autres étages, de ſept pieds, au-deſſus du rez de chauſſée, le tout à fer maillé & verre dormant.

Grand Coutumier, liv. 2, chap. 38, p. 251.

La partie d'un mur métoyen hauſſée aux dépens d'un des voiſins, appartient toute entiere à celui des voiſins qui l'a rehauſſée; & par conſéquent, aux termes de cet article, il peut y avoir des fenêtres, lumieres ou vues; mais ſi l'autre voiſin veut, quoiqu'il n'ait point intention de bâtir, il obligera ſon voiſin de boucher ſes vues, en lui rembourçant les charges, & lui payant la valeur de la moitié du mur, depuis l'élévation. M. Soefve, dans ſon Recueil d'Arrêts, tom. 2, Centurie 4, chap. 51, rapporte un Arrêt du 12 Juillet 1670, rendu en l'Audience de la Grand'-Chambre qui a jugé ainſi.

Le *rez-de-chauſſée* eſt ici le deſſus des aires & des planchers de chaque étage, & ce qu'on y

appelle *premier étage*, est celui qui est immédiatement sur la terre, & qu'on nomme le *sol* ou *l'étage du rez-de-chaussée*. Voyez l'article 187.

Quant à la grandeur des fenêtres, elles doivent être de quatre pieds ou quatre & demi tout au plus.

ARTICLE CCI.

Ce que c'est que Fer maillé & Verre dormant.

Fer maillé est treillis, dont les trous ne peuvent être que de quatre pouces en tous sens; & Verre dormant, est verre attaché, scellé en plâtre, qu'on ne peut ouvrir.

Voyez la note sur l'article précédent.

ARTICLE CCII.

Quelles distances il faut pour avoir des vûës droites ou de côté sur l'heritage d'un voisin.

Aucun ne peut faire vûës droites sur son voisin, ne sur places à lui appartenantes, s'il n'y a six pieds de distance entre ladite vûë & l'heritage du voisin; & ne peut avoir bées de côté, s'il n'y a deux pieds de distance.

S'il n'y a six pieds de distance entre ladite vûë & l'heritage du voisin.] Les six pieds de distance se prennent en vues droites, du devant du mur où

la vue eſt faite, juſqu'au milieu du mur métoïen; & ſi les vues ſont bées ou de côté, la diſtance des deux pieds eſt priſe de l'arrête du jambage de la croiſée, juſqu'au milieu du mur métoyen.

ARTICLE CCIII.

Les Maçons ne peuvent toucher à un mur metoïen qu'après avoir appellé les voiſins qui y ont intérêt.

Les Maçons ne peuvent toucher, ne faire toucher à un mur moitoïen pour le démolir, percer & reédifier, ſans y appeller les voiſins qui y ont interêt, par une ſimple ſignification ſeulement; & ce à peine de tous dépens, dommages & interêts, & rétabliſſement dudit mur.

ARTICLE CCIV.

On peut percer un mur metoïen, en le rétabliſſant à ſes dépens.

Il eſt loiſible à un voiſin percer ou faire percer & démolir le mur commun & moitoïen d'entre lui & ſon voiſin, pour ſe loger & édifier, en le rétabliſſant dûëment à ſes dépens, s'il n'y a titre au contraire, en le dénonçant toutefois au préalable à ſon voiſin, & eſt tenu faire incontinent & ſans diſcontinuation ledit rétabliſſement.

ARTICLE CCV.

De la contribution pour faire un mur metoïen.

Il eſt auſſi loiſible à un voiſin, contraindre, ou faire contraindre par Juſtice ſon autre voiſin à faire, ou faire refaire le mur & édifice commun, pendant & corrompu entre lui & ſondit voiſin, & d'en païer ſa part chacun ſelon ſon heberge, & pour telle part & portion, que leſdites Parties ont, & peuvent avoir audit mur & édifice moitoïen.

Ou faire refaire le mur commun pendant & corrompu.] Il n'eſt pas néceſſaire pour contraindre le voiſin à la démolition & à la conſtruction du mur, que le mur ſoit tout enſemble & *pendant* & *corrompu*, il ſuffit qu'il ſoit ou corrompu ou pendant. L'uſage eſt, que quand un mur penche du quart de ſon épaiſſeur, il doit être abattu; comme, par exemple, s'il ſurplombe de quatre pouces en ayant ſeize d'épaiſſeur, & quoiqu'il ne penche point, & s'il eſt tellement corrompu qu'il menace ruine, il doit encore être abattu.

ARTICLE CCVI.

On ne peut point loger des poutres ni des ſolives dans un mur non mitoïen.

N'eſt loiſible à un voiſin de mettre, ou faire mettre & loger les poutres &

solives de sa maison dans le mur d'entre lui & sondit voisin, si ledit mur n'est mitoïen.

ARTICLE CCVII.

On ne peut mettre des poutres dans un mur mitoïen sans jambes, parpaignes, ou chaînes & corbaux pour les porter.

Il n'est aussi loisible à un voisin mettre ou faire mettre & asseoir les poutres de sa maison dedans le mur moitoïen d'entre lui & son voisin, sans y faire faire & mettre jambes parpaignes, ou chaînes & corbaux suffisans de pierre de taille, pour porter lesdites poutres, en rétablissant ledit mur. Toutefois pour les murs des champs, suffit y mettre matiere suffisante.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 38, p. 253.

Jambes parpaignes, ou chaînes & corbaux, &c.] Les *jambes* & les *chaînes* ne sont qu'une même chose; les *jambes parpaignes*, sont celles qui traversent le *pan* du mur, ou qui sont faites de plusieurs pierres de tailles, dont chacune est de l'épaisseur du mur; & les *corbaux* sont des pierres en saillie sur lesquelles les poutres sont posées.

En rétablissant ledit mur.] Il en faut autant faire dans le mur construit de neuf.

ARTICLE CCVIII.

On ne peut placer des poutres dans un mur mitoïen que juſqu'à la moitié.

Aucun ne peut percer le mur mitoïen d'entre lui & ſon voiſin pour y mettre & loger les poutres de ſa maiſon, que juſqu'à l'époiſſeur de la moitié dudit mur, & au point du milieu, en rétabliſſant ledit mur, & en mettant ou faiſant mettre jambes, chaînes, & corbaux, comme deſſus.

Cet article n'eſt point pratiqué, & l'uſage eſt que quand les poutres ne ſont pas directement oppoſées à celles des maiſons contiguës, on les fait paſſer juſqu'à un ou deux pouces près de la face du mur du voiſin, à moins qu'il n'y ait un contre-cœur de cheminée, auquel cas on laiſſe quatre pouces de diſtance; & ſi la poutre aboutit dans un tuyau, on met trois pouces.

ARTICLE CCIX.

Dans les Villes & Fauxbourgs de la Prévôté & Vicomté de Paris, on peut contraindre les voiſins à contribuer pour faire des murs de clôture.

Chacun peut contraindre ſon voiſin ès Villes & Fauxbourgs de la Prévôté & Vicomté de Paris, à contribuer pour faire faire clôture faiſant ſéparations de

leurs maisons, cours & jardins assis esdites Villes & Fauxbourgs, jusqu'à la hauteur de dix pieds, du haut du rez de chaussée, compris le chaperon.

ARTICLE CCX.

Hors les Villes & Fauxbourgs de la Prévôté & Vicomté de Paris, on ne peut contraindre les voisins à contribuer pour bâtir des murs de clôture.

Hors lesdites Villes & Fauxbourgs, on ne peut contraindre voisin à faire mur de nouvel, separant les cours & jardins, mais bien les peut-on contraindre à l'entretenement & refection necessaire des murs anciens, selon l'ancienne hauteur desdits murs; si mieux le voisin n'aime quitter le droit de mur, & la terre sur laquelle il est assis.

ARTICLE CCXI.

Tous murs separans cours & jardins, sont reputez mitoïens.

Tous murs separans cours & jardins, sont reputez mitoïens, s'il n'y a titre au contraire; & celui qui veut faire bâtir nouvel mur, ou refaire l'ancien corrompu, peut faire appeller son voisin pour contribuer au bâtiment ou re-

fection dudit mur, ou bien lui accorder lettres que ledit mur soit tout sien.

ARTICLE CCXII.

Comment on peut rentrer dans le droit qu'on avoit dans la moitié d'un mur.

Et neanmoins ès cas des deux précedens articles, est ledit voisin reçû, quand bon lui semble, à demander moitié dudit mur bâti, & fond d'icelui, ou à rentrer en son premier droit, en rembourçant moitié dudit mur, & fond d'icelui.

Voyez l'article 298.

ARTICLE CCXIII.

Ce qui est décidé dans l'article précedent, doit avoir lieu pour les anciens fossez mitoïens.

Le semblable est gardé pour la refection, vuidange & entretenement des anciens fossez communs & mitoïens.

Voyez l'article 211.

ARTICLE CCXIV.

Les Filets accompagnez de pierre, sont une marque que le mur est mitoïen.

Filets doivent être faits accompa-

gnez de pierres, pour connoître que le mur eſt mitoïen, ou à un ſeul.

Les *Filets*, ſelon quelques-uns, ſont de petites poutres ; & les *pierres* dont, aux termes de cet article, ils doivent être accompagnés, ſont les corbaux ſur leſquels ils doivent être poſés. *Voyez* la note ſur l'article 207 & 208. Mais ſelon d'autres, dont l'avis convient mieux à cet article, les *Filets* ſont une ſaillie de moulure d'Architecture, toute de pierre, ou en partie, excédant le corps & la face du mur, du côté du voiſin. A préſent ces Filets ſont ordinairement de plâtre. *Voyez* l'Ordonnance de Charles VIII, art. 15. *Leg. in tradendis D. Commu. prædior.* & les art. 87, & 100 des Coutumes d'Auxerre & de Sens.

ARTICLE CCXV.

Comment on peut retenir des Servitudes ſur les heritages qu'on aliene.

Quand un pere de famille met hors ſes mains partie de ſa maiſon, il doit ſpecialement déclarer quelles Servitudes il retient ſur l'heritage qu'il met hors ſes mains, ou quelles il conſtituë ſur le ſien, & les faut nommément & ſpecialement déclarer, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, meſure, qu'eſpece de Servitude ; autrement toutes conſtitutions generales de Servitudes, ſans les déclarer comme deſſus, ne vallent,

ARTICLE CCXVI.

La destination du pere de famille, rédigée par écrit vaut titre.

Destination de pere de famille vaut titre, quand elle est, ou a été par écrit, & non autrement.

ARTICLE CCXVII.

Quelle distance il faut laisser entre les cloâques & les murs mitoïens.

Nul ne peut faire fossez à eaux, ou cloâques, s'il n'y a six pieds de distance en tous sens, des murs appartenans au voisin, ou mitoïens.

Il en faut dire de même des fosses ou trous où on laisse pourrir le fumier.

ARTICLE CCXVIII.

On ne peut mettre des vuidanges de fosses dans la Ville.

Nul ne peut mettre vuidanges de fosses de privez dans la Ville.

ARTICLE CCXIX.

Comment les enduits ou crépits faits à des vieux murs doivent être toisez.

Les enduits & crépits de maçonnerie faits à vieils murs, se toisent à raison de six toises pour une toise de gros mur.

Cet article peut avoir lieu, quand les vieux murs sont si bien construits, qu'il n'y ait à y faire que le simple *enduit* & *crépit;* mais lorsque le vieux mur est ruiné, & qu'il faut y boucher des trous & le renformir, on compte ordinairement trois toises pour une; ou sept pour deux.

TITRE DIXIEME.

De Communauté de Biens.

Tous nos Auteurs conviennent que la Communauté ou la Société conjugale est opposée au Droit Romain, & leur avis a passé jusqu'ici pour une vérité très-constante.

Cependant il est indubitable que c'est en partie des Romains que nous avons pris le droit de Communauté, ce qu'il est aisé de faire voir.

Chez les Romains, la femme passoit souvent sous la puissance de son mari, ce qui arrivoit toutes les fois que les mariages étoient faits *usu, farre, & coëmptione. Coëmptione facta*, dit Servius, *mulier in potestatem viri cedit, &c.* Et la femme

qui étoit ainſi en la puiſſance de ſon mari, devenoit ſon héritiere, & lui ſuccédoit avec ſes propres enfans : *mater familias appellata eſt ea ſola*, dit Aulus-Gelle, *quæ in mariti manu, mancipioque eſſet, quoniam non in matrimonium tantum, ſed in familiam quoque mariti, & in ſui hæredis locum veniſſet. Vid. Servium in illud 4. Æneid. Liceat Phryhio ſervire marito. Gellium 8, noct. Att. c. 6. Pithœum ad collationem legis Moſaïcæ, tit. 26. Et Anton. Hotmanum de veteri ritu nuptiarum, cap. 26, 27.*

Anciennement en France, les mariages ſe firent auſſi *coëmptione*, à l'imitation des Romains, ce qui eſt encore pratiqué parmi nous ; & c'eſt par cette raiſon que les femmes paſſoient, & qu'elles paſſent encore ſous la puiſſance de leurs maris.

Comme c'étoit des Romains que nos premiers François, & les autres peuples ſoumis à notre nation, avoient pris la puiſſance maritale, ils firent auſſi leurs femmes leurs héritieres, ainſi que les Romains, & ils leur donnerent part en cette qualité, les uns dans tous leurs biens, & les autres ſeulement dans leurs acquêts faits pendant leurs mariages. Mais au lieu que chez les Romains, les femmes avoient cette part en propriété, elles ne l'eurent chez quelques-uns de ces peuples, qu'en uſufruit.

Lex Bajuvariorum, tit. 14, n. 6. *Viduæ ſi poſt mortem mariti in viduitate permaneant, æqualem inter filios ſuos, id eſt qualem unus ex filiis, uſufructuariam habeat portionem. V. Leg. Burgund. tit. 42, n. 62.*

Lex Ripuariorum, tit. 37, art. 102. *Si quis mulierem deſponſaverit, quidquid ei per tabularum ſeu chartarum inſtrumenta conſcripſerit, perpetualiter inconvulſum permaneat. Si autem per ſeriem ſcriptu-*

rarum ei nihil contulerit, si virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat, & tertiam partem de omni re, quam simul conlaboraverint, sibi studeat vindicare. Vid. cap. 9, lib. 4, Capitular. tom. 1, col. 776; & Novellam Justiniani 117, cap. 5.

L'on voit dans une des Formules du deuxieme livre de Marculfe qui vivoit vers l'an 660, que de son temps les femmes avoient déjà cette part en propriété, quoique leurs maris vécussent encore; & enfin sous nos premiers Rois de la troisieme Race, au lieu de ses parts qu'elles avoient eu jusqu'alors dans les biens communs, elles en eurent la moitié, non plus comme *donataires* ou *héritieres*, mais comme *communes*, parce qu'entre de telles personnes tout doit être encore plus commun qu'entre des amis, *quorum omnia inter se debent esse communia*, selon Térence, *in Adelphis, act. 5, scen. 3, vers 18;* de sorte que le mariage fut regardé comme une vraie société. Mais afin que ces avantages fussent utiles aux femmes, & ne fussent point préjudiciables aux maris, Philippe-Auguste, en 1219, fit la Loi suivante, par laquelle il ordonna que les femmes, selon ces anciennes Loix, n'auroient part en la Communauté qu'au cas où elles survivroient à leur maris.

Dominus Rex *statuit apud Pontem Archæ anno Domini 1219, 19 Mens. Julii, de viro & muliere matrimonio conjunctis, si mulier sine herede decesserit, parentes ipsius mulieris non participabunt cum marito suo in his quæ ipsa & maritus ejus simul acquisierunt, dum ipsa viveret, in mobilibus, nec in tenementis, imo quiete remanebunt marito ipsius mulieris. Parentibus verò mulieris accedet, id quod ipsa secum attulit in matrimonium. Salvo legato*

ſuo, quod ipſa potuit facere per jus. Tiré du Regiſtre manuſcrit de Philippe-Auguſte.

Cette Ordonnance ſi ſage, comme il ſe voit par l'article 330 de la Coutume de cette Province, & ſi juſte n'eſt plus obſervée qu'en Normandie; & par-tout ailleurs les maris qui ont le malheur de perdre leurs femmes, ont encore le déplaiſir de ſe voir ravir injuſtement par des étrangers, les fruits de leurs travaux & de leurs peines; de ſorte qu'il y auroit de l'équité d'étendre du moins à ce cas la diſpoſition de l'article 314, qui donne aux peres ou meres ſurvivans, l'uſufruit des biens délaiſſés par leurs enfans, quand ces biens ont été acquis par les peres & meres pendant leur mariage. *Joignez l'art. 230.*

ARTICLE CCXX.

Les Conjoints ſont communs en biens meubles & conquêts immeubles du jour des épouſailles.

Homme & femme conjoints enſemble par mariage, ſont communs en biens meubles, & conquêts immeubles faits durant & conſtant ledit mariage. Et commence la Communauté du jour des épouſailles & benediction nuptiale.

V. Oldrad Conſil. 248, fol. 85, rect lib. 4, decretal. tit. 20, cap 2, & lib. 1, tit. 4, cap. 10, & Lucium, lib. 8, placit tit. 3, n. 1.

Sont communs en biens meubles, & conquêts immeubles faits durant & conſtant ledit mariage.] Ainſi les conquêts d'un premier mariage n'entrent

point dans la Communauté d'un second. Les *conquêts* sont les biens acquis constant le mariage, & les *acquêts* sont ceux qui sont acquis auparavant. Quelques Coutumes confondent ces deux choses, mais les Rédacteurs & les Réformateurs de celle-ci les ont distinguées. *Voyez* les art. 253, 262, 269, 280, 296, &c. Joignez la note sur l'article 226, sur le mot *propre*, & Soefve, tom. 2, Centurie 1, chap. 70, p. 65.

Et commence la Communauté du jour des épousailles & bénédiction nuptiale,] dans les lieux où la femme étoit commune avant la demeure d'an & jour avec son mari, elle n'acquéroit la Communauté qu'au coucher, ainsi que le douaire; & c'est pour abroger cet ancien droit que ces paroles ont été mises dans cet article. Joignez la note sur l'article 248. *Voyez* la Coutume d'Utrecht, & *Ant. Math. de communione bonorum*, *n.* 11.

ARTICLE CCXXI.

Comment les Conjoints sont tenus des dettes l'un de l'autre.

A cause de laquelle Communauté, le mari est tenu personnellement païer les dettes mobiliaires dûës à cause de sa femme, & en peut être valablement poursuivi durant leur mariage; & aussi la femme est tenuë après le trepas de son mari, païer la moitié des dettes mobiliaires, faites & accruës par ledit mari, tant durant ledit mariage, qu'auparavant icelui, & ce jusques à la con-

currence de la Communauté ; comme il ſera dit ci-après.

Lucius, lib. 8, placitor. tit. 3, n. 10; Coquille, q. 64, 108, 109, 111.

Le mari eſt tenu perſonnellement, & non hypothéquairement.

Et auſſi la femme eſt tenuë après le trepas de ſon mari, païer la moitié des dettes mobiliaires faites & accruës par ledit mari, tant durant ledit mariage, qu'auparavant icelui.] Cet article décide que le mari eſt tenu perſonnellement des dettes mobiliaires dues à cauſe de ſa femme, mais il ne décide pas comment la femme eſt tenue des dettes mobiliaires faites par ſon mari : ces dettes ſont de deux ſortes, car ou elles ont été contractées pendant le mariage, ou elles ont été contractées auparavant.

Si elles ont été contractées pendant le mariage, il eſt indubitable que la femme qui a accepté la Communauté, & qui poſſede comme commune ſa part des conquêts immeubles, peut être pourſuivie perſonnellement pour ſa part de ces dettes, & hypothéquairement pour ces dettes entieres, parce que le mari comme Seigneur des conquêts, a pu les hypothéquer, comme il eſt décidé dans l'article 225.

Mais la queſtion eſt de ſavoir ſi la femme détentrice & propriétaire de la moitié des conquêts immeubles, peut être pourſuivie hypothéquairement pour les dettes mobiliaires de ſon mari, contractées avant le mariage. Il ſemble qu'elle ne peut être pourſuivie que perſonnellement pour ſa part, parce qu'aux termes de cet article, le mari n'eſt tenu que perſonnellement des dettes de ſa femme. D'un autre côté, ſelon l'art. 225,

le mari a cet avantage tant que le mariage dure, qu'il eſt Seigneur des conquêts, parce qu'ils ſont tous préſumés faits par lui; ainſi il n'y a qu'à voir ſi tous ces conquêts, parce qu'il en eſt Seigneur, doivent être hypothéqués aux dettes qu'il a faites avant ſon mariage; & il eſt très-certain qu'ils y doivent être, & qu'ils y ſont hypothéqués. Puiſqu'ils y ſont hypothéqués, il eſt évident que cette hypotheque doit durer après le mariage; & par conſéquent la femme, dans le cas dont il s'agit, peut être pourſuivie hypothéquairement. C'eſt l'avis de du Molin ſur l'article 109 de la Coutume de Paris; mais les Arrêts ont établi une Juriſprudence contraire. *Voyez* les articles 187, 188, 189 & 190 de la Coutume d'Orléans; M. Bouguier, let. C, chap. 10; Bacquet des Droits de Juſtice, chap. 21, n. 54.

Et ce juſqu'à concurrence de la Communauté.] Voyez l'article 228.

ARTICLE CCXXII.

Ce que les Conjoints doivent faire pour n'être point tenus des dettes l'un de l'autre.

Combien qu'il ſoit convenu entre deux conjoints qu'ils païeront ſeparément leurs dettes faites auparavant leur mariage; ce neanmoins ils en ſont tenus, s'il n'y a inventaire préalablement fait, auquel cas ils demeurent quittes repréſentant l'inventaire ou l'eſtimation d'icelui.

Ce néanmoins ils en ſont tenus, s'il n'y a inven-

taire.] Ainſi quand il n'y a point d'inventaire, la convention eſt de nul effet à l'égard des créanciers, mais elle eſt bonne entre les conjoints.

ARTICLE CCXXIII.

Le contrat d'une femme, fait ſans le conſentement de ſon mari, eſt nul.

La femme mariée ne peut vendre, aliener ni hypothequer ſes heritages ſans l'autorité & conſentement exprès de ſon mari; & ſi elle fait aucun contrat ſans l'autorité & conſentement de ſondit mari, tel contrat eſt nul, tant pour le regard d'elle, que de ſondit mari, & n'en peut être pourſuivie, ni ſes heritiers après le décès de ſondit mari.

Sans l'autorité & conſentement de ſon mari.] Non-ſeulement parce que le mari eſt chef de la Communauté, mais encore parce que la femme eſt pendant ſon mariage ſous la puiſſance, la garde & la *tutelle* de ſon mari; car c'eſt une des regles de la Juriſprudence Françoiſe, que *le mari eſt bail de ſa femme.* Joignez l'Auteur du grand Coutumier, livre 2, chap. 27, p. 185, lig. 23, & voyez la note ſur l'art. 225.

Et ſi elle fait aucun contrat ſans l'autorité & conſentement de ſondit mari, tel contrat eſt nul.] Et par conſéquent la ratification du mari ne peut point le rendre valide; car ſuivant la Loi 29 *D. de Regulis juris*, qui a été faite au ſujet des *tutelles*, ainſi que M. Jacques Godefroi l'a obſervé.

Quod

Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. V. Fabrum ad h. Leg. & Tiraquellum de LL. Connubialibus, gloss. 8, n. 98.

Cependant il est juste que la femme soit tenue de son contrat, quand elle le fait utilement, & quand il est tourné à son profit & au profit de la Communauté. Or il n'y a pas de preuve plus certaine, qu'il est tourné au profit de la femme & de la Communauté, que quand il est approuvé & ratifié par le mari; car le consentement du mari n'est si précisément requis, qu'afin que la femme ne puisse point en contractant préjudicier aux affaires communes; & par conséquent, lorsque le mari a ratifié le contrat fait par sa femme sans son consentement, la femme en doit être tenue, & lui aussi.

Il y a en Espagne une Loi qui le décide ainsi en ces termes: *El marido pueda ratificar lo que su muger oviere fecho, sin su licentia, no embargante, que la dicha licentia no aya precedido ora la ratification seu general o special. Libro 5, Constit. Hyspaniæ, tit. 3, delas mugeres, l. 5, Tauri 58,* Vide *ibi de Azevedo, Gomez & Lopez de Palatios Ruvios; Heroldum de ratificatione contractus in genere, num. 16 & 17, pag. 195.*

Si cependant le mari ratifioit en fraude des créanciers légitimes de la Communauté, une obligation mal passée par sa femme & sans aucun profit pour lui, son consentement n'opéreroit rien contre eux. *Vide Heroldum de ratihabitione dicto loco, n. 17.*

Me. le Brun, dans son *Traité de la Communauté*, liv. 2, chap. 1, nomb. 9, est d'avis que le contrat passé par la femme seule, & approuvé ensuite par le mari, n'est accompli ou parfait que du jour de la ratification, ce qui requiert distinction.

Car si la femme, en s'obligeant seule, a géré les affaires de la Communauté si utilement que le mari n'auroit pu se dispenser de l'approuver, il faut dire que la ratification du mari doit remonter & avoir son effet rétroactif à l'obligation de sa femme, sans que les créanciers intermédiaires puissent se plaindre.

Mais si le mari, pour faire honneur à sa femme, approuve une obligation qu'elle avoit mal contractée & qui dans son principe étoit nulle, il faut tenir dans ce cas que la ratification n'aura pas d'effet rétroactif, & ne préjudiciera pas par conséquent aux *créanciers intermédiaires.*

Nos Auteurs demandent si *l'autorisation* du mari l'oblige personnellement? Et *Lopez de Palatios Ravios*, Jurisconsulte Espagnol, sur la Loi *Tauri 57*, distingue très-bien.

Ou le mari autorise sa femme dans les affaires de la Communauté, & pour lors il s'oblige, parce qu'il n'est pas possible que sa femme soit obligée, sans qu'il le soit lui-même.

Ou il autorise sa femme *séparée*, dans les affaires qui la regardent seule; & pour lors son autorisation ne servant que pour la validité de l'acte, il ne s'oblige pas. *Vide Bartholum ad Legem Lucius, Dig. de administrat. tutorum ad Leg. 1, §. is qui navem, D. de exercitoria.*

Il y a ici une observation à faire, c'est que le mari ne peut ratifier utilement l'obligation de sa femme, & de nulle la rendre bonne, que contre lui, & à son préjudice, pendant qu'il a l'administration de ses biens, & que la Communauté subsiste, & non pour la rendre débitrice malgré elle, lorsqu'il est de son intérêt de ne la pas être. Ainsi si la femme s'est obligée seule, de bonne foi, dans le temps que le mari dissipoit clandestinement ses biens & qu'il deve-

noit insolvable, la ratification faite, après un assez long espace de temps, n'aûra aucun effet contre sa femme, qui, dans ce cas, a d'autant plus d'intérêt de n'être pas obligée civilement, qu'elle n'a aucun recours à espérer contre lui, en renonçant à la Communauté. *Vid. Tiraquellum in 16 Legem Connubialem, Glossa 6, n. 12.*

Il en est à plus forte raison de même s'il ratifie l'obligation de sa femme après qu'elle est séparée, parce que dans ce cas elle a encore plus d'intérêt que son obligation soit nulle; & s'il en étoit autrement, il seroit au pouvoir d'un mari, chagrin contre sa femme, de l'obliger quand il voudroit, sans qu'elle en sût rien, ce qui ne seroit pas juste.

Par la même raison un mari ne peut approuver ni ratifier l'obligation de sa femme au préjudice de ses héritiers, ce qui est indubitable.

Au reste, dans le doute, on doit avoir peu d'égard à ces ratifications où les maris passent seuls, quand il s'agit de décider contre les femmes, parce qu'il est vrai de dire qu'elles n'ont point été vraiment autorisées; formalité sans laquelle leurs *obligations sont nulles*, quand même leurs maris auroient été Parties dans les actes. *Voyez* le Brun, *de la Communauté*, liv. 2, chap. 1, n. 12, 13, 14, 15 & 16.

Cet Auteur remarque néanmoins, au chapitre marqué ci-dessus, n. 5 & 6, qu'on s'est relâché de ces regles, ce qu'il prouve par quelques Arrêts qu'il cite en cet endroit, & par la Loi derniere, Cod. *ad Senatus Consultum Macedonianum*, qu'il emploie mal; parce que chez les Romains les obligations des enfans qui avoient emprunté de l'argent, n'étoient pas nulles de plein droit, & que les peres en étoient tenus quand ils y avoient donné leur simple consentement, sans

que leur autorisation fût nécessaire. Mais, comme on l'a dit tant de fois, dans ces sortes de cas il faut toujours laisser les Arrêts, & se tenir aux principes & aux regles qui valent mieux.

Tel contrat est nul tant pour le regard d'elle que de son mari.] Il est constant, dans presque toutes nos Coutumes, que la femme mariée peut disposer, *par testament*, de ses biens, sans le consentement de son mari, parce que le *testament* a son exécution dans le temps qu'il n'a plus de droit ni sur les biens de sa femme, ni sur sa personne; & comme *l'institution contractuelle est un testament fait dans un contrat de mariage*, il s'ensuit que la femme peut faire une *institution contractuelle* sans le consentement de son mari. Et après une telle institution, comme elle est irrévocable parce qu'elle est la clause d'un contrat de mariage, son mari & elle ne pourront plus faire de *don mutuel*. Voyez le Brun, *de la Communauté*, liv. 2, chap. 1, nomb. 21, p. 149.

Quant à la *reconnoissance d'aîné* & d'héritier principal, comme elle lie les mains aux peres & meres nobles qui la font, il y auroit plus de difficulté de savoir si elle est bonne quand elle est faite par une femme mariée, sans l'autorité de son mari; mais comme *à Paris* ces reconnoissances ne donnent aucune atteinte au droit que le mari a sur les biens de sa femme, en qualité de *bail* & de *chef de la Communauté*, il y a lieu de dire qu'une femme mariée & en puissance de mari, peut, sans son consentement, reconnoître son fils d'un *premier lit*, son héritier principal. *Voyez* ce que j'ai remarqué dans mon *Traité des Institutions contractuelles*, ch. 5, n. 14, pag. 313.

Et n'en peut être poursuivie ni ses héritiers après le trépas de son mari.] Guy Coquille, Auteur

judicieux, a été d'un avis opposé dans le chapitre 100 de ses Questions & Réponses, par la raison de la Loi 4, §. *Plane sinon*, *Dig. de Fideicommissariis libertatibus* ; & du chapitre dernier *de Officio Ordinarii in 6°*. Mais après la décision authentique de cet article, de pareilles raisons ne peuvent plus être écoutées.

Dans quelques Coutumes on a été au-devant de ces inconvéniens, & l'on y a voulu que la femme, en puissance de mari, ne pourroit tester sans sa permission. *Voyez* la Coutume de Bourgogne.

ARTICLE CCXXIV.

La femme qui n'est point autorisée, ni séparée, ne peut point ester en Jugement.

Femme ne peut ester en Jugement, sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou separée par justice, & ladite séparation exécutée.

Les Etablissemens, liv. 1, chap. 145. L'Auteur du grand Coutumier, livre 2, chap. 33, p. 221, lig. 7.

On a déjà dit plusieurs fois que le mari est bail ou gardien de sa femme. C'est en cette qualité qu'il fait siens tous les fruits des héritages qu'elle lui apporte en mariage, & c'est pour dédommager la femme de la perte de ces fruits, que le droit de Communauté lui est donné. Si le mari dissipe son bien, au lieu de le faire profiter, la femme peut demander en Justice la séparation ; & quand elle est séparée elle peut ester en Ju-

gement, & elle devient semblable aux mineurs émancipés, qui ont l'administration de leurs biens, mais sans pouvoir vendre, engager ni aliéner leurs immeubles pendant leur minorité. *Voyez l'article 239 & le 272.*

Séparée, & la séparation exécutée, &c.] On demande comment la séparation est réputée exécutée? Et selon du Molin, sur l'article 123 de la Coutume de Montfort, c'est *lorsqu'il y a eu renonciation* à la Communauté de la part de la femme, ou qu'il y a eu inventaire avec partage des biens communs. Et il faut se souvenir qu'une telle séparation se doit faire par autorité de Justice, après information ou enquête, ou du moins après des preuves par écrit du mauvais ménage du mari, produites par la femme; ou enfin, lorsque les dissipations & la mauvaise conduite du mari sont si publiques, qu'il n'est pas possible d'en douter.

Cela posé, on demande quels sont les effets de cette séparation, & quel droit elle donne à la femme. Et il faut dire que la femme séparée devient en tout semblable à un mineur émancipé, lequel n'a que la libre administration de ses revenus & de ses meubles, sans pouvoir ni vendre, ni engager ses immeubles.

D'où il résulte que comme le contrat ou l'obligation qu'un mineur émancipé passe pardevant Notaires, ne donne pas à ses créanciers d'hypotheque sur ses biens, de même l'obligation ou le contrat que la femme passe devant Notaires, ne donne aussi à ses créanciers aucune hypotheque sur ses immeubles. Et comme la Sentence obtenue contre le mineur seul, au sujet de son obligation, n'emporte pas hypotheque sur ses immeubles, la Sentence obtenue contre la femme séparée, n'emporte aussi aucune

hypotheque sur ses biens, parce que la Sentence qui ordonne l'exécution d'une telle obligation, ne peut avoir à cet égard plus d'étendue que l'obligation même, ni opérer aucune novation. La regle étant que ceux qui n'ont pas la liberté de disposer de leurs immeubles, ne peuvent pas plus les engager en perdant de mauvais procès, que par des obligations.

Et d'ailleurs il faut considérer qu'une Sentence qui condamne une femme séparée de son mari, sans être de lui autorisée, est rendue contre elle en une qualité où il n'est pas possible que ses biens immeubles soient hypothéqués. Et il faut avoir en ce cas peu d'égard à l'intérêt des créanciers, puisqu'ils savoient qu'ils contractoient avec un mineur & une femme séparée. *Voyez* le Brun, *de la Communauté*, L. 2, chap. 1, n. 8, 9, 10, 11, 14.

Il y a une infinité de cas semblables dans la Pratique; car, par exemple, quoiqu'un grevé de fidéi-commis soit propriétaire des biens qu'il doit restituer, cependant le Jugement que ses créanciers obtiennent contre lui n'emportent point hypotheque sur ses biens.

De ce que le mineur émancipé & la femme séparée ne peuvent s'obliger que jusqu'à la concurrence de leurs revenus & de leurs meubles, il s'ensuit que les obligations qu'ils contractent pour de grosses sommes, lesquelles ne peuvent être prises que sur leurs immeubles, sont nulles, à moins que les mineurs & les femmes ne soient duement autorisés, les mineurs émancipés par leurs curateurs & leurs parens, & les femmes séparées par leurs maris.

On demande, en second lieu, si la femme qui demande la séparation, doit commencer par

renoncer à la Communauté, ou si elle en peut demander le partage?

Selon du Molin, dans sa note sur l'art. 123 de la Coutume de Montfort, & dans son Commentaire sur l'ancienne Coutume de Paris, art. 25, n. 2; selon le Brun dans son *Traité de la Communauté*, liv. 3, chap. 1, n. 23, p. 284; & selon un acte de notoriété du Châtelet, du . . . . . rapporté dans la Compilation des Commentaires de la Coutume de Paris, la femme peut demander sa *séparation*, & en même temps le *partage de la Communauté* pour en emporter sa moitié.

Mais il semble qu'il faudroit faire distinction entre les *séparations* ou les raisons pour lesquelles elles sont demandées. Car si c'est pour sévices ou mauvais traitemens, pourvu que la femme n'y ait pas donné lieu par son jeu & son luxe, l'avis de ces Auteurs ne seroit pas sans quelque raison. Cependant, comme la part que presque tous les maris donnent à leurs femmes dans leur Communauté, est une libéralité qu'ils leur font, comme il se voit dans l'article 279, le mieux seroit peut-être de dire que la femme qui demande la séparation d'habitation, ne peut demander le partage de la Communauté, ni priver ainsi son mari de la moitié des fruits de ses travaux & de ses peines, sauf à elle à demander une *pension alimentaire* si elle n'a pas de quoi vivre, & que son mari soit tenu de lui réserver la moitié qu'elle prétend avoir dans les conquêts.

Si c'est une simple séparation de biens qu'elle demande, sur le fondement des dissipations de son mari, la raison veut encore qu'elle ne puisse demander le partage de la Communauté, parce

qu'en demandant ce partage elle se contrediroit elle-même en reconnoissant tacitement que son mari ne seroit pas autant dissipateur qu'elle le diroit. *Voyez* ce qu'on observe dans l'article 225.

Dans ces demandes en séparation de biens, il y a presque toujours de la mauvaise foi de la part des femmes; & il arrive souvent que des maris économes & réglés sont dans des emplois de guerre & de robe, ou dans des Ambassades où ils ne peuvent se dispenser de faire de grandes dépenses, sans lesquelles ils perdroient leur fortune, les femmes ont presque toujours part aux honneurs qu'ils reçoivent, & à la dépense qu'ils font; & quand les maris se trouvent incommodés dans leurs affaires, elles n'ont pas de honte de *demander la séparation de biens*, ôtant par là à leurs maris le secours qu'ils pourroient avoir des revenus de leur dot. Dans ces sortes de cas, si la dot ne périclite pas parce qu'elle consiste en fonds, les femmes qui font ces demandes injustes ne devroient jamais être écoutées, & sur-tout quand elles sont pour profiter seules des grandes & opulentes successions qui leur aviennent. Et l'on peut appliquer à ce cas ce que dit Justinien au Titre des Instituts *de Societate*, §. 4.

At cum aliquis renunciaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum habeat. Veluti si totorum bonorum socius cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare, &c.

En un mot, dans tous les cas qui se présentent en cette matiere, il faut faire grande attention aux circonstances, aux mœurs du mari, à celles

de la femme, à la qualité ou à la nature de sa dot, & à ce qui peut rester de biens au mari ses dettes payées, &c.

ARTICLE CCXXV.

Le mari est Seigneur pendant le mariage, des meubles & des conquêts immeubles.

Le mari est Seigneur des meubles & conquêts immeubles par lui faits durant & constant le mariage de lui & de sa femme, en telle maniere qu'il les peut vendre, aliener, ou hypothequer, & en faire & disposer par donation ou autre disposition faites entre-vifs, à son plaisir & volonté, sans le consentement de sadite femme, à personne capable & sans fraude.

Coquille, Quest. 106.

Le mari est Seigneur des meubles & conquêts immeubles.] Mais il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de sa moitié seulement. Et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, & donner la moitié de sa femme, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration en qualité de chef de la Communauté, comme il se voit dans les autorités suivantes.

Les Coutumes notoires, art. 19. *Tous les conquêts que deux mariés font durant leur mariage, sont communs à eux, en telle maniere que chacun d'iceux mariés a droit en la moitié desdits conquêts, & à lui appartient icelle moitié de son plein droit pour sa portion.*

L'article 1 3. *Item, les biens, dettes & créances d'homme & de femme conjoints par mariage, sont communs ensemble entr'eux durant leurdit mariage, combien que le mari en ait le* bail, gouvernement & autorité. *Vide Joannem Garciam de expensis, cap. 13, n. 18, 19; Gomezium ad Leg. Tauri 50, n. 73; Joannem Lopez de Palatios Ruvios ad Rubric. & cap. vestras de donation. inter virum, &c. §. 66, n. 24, p. 343; Chassaneum in conf. Burgund. Rubric. 4, § 2, in v.* est participante, *n. 6 in fine col. 532. edit. Lug. dun. & Baldum consil. 235, vol. 2.* Joignez l'article 101 de la Coutume d'Angoumois.

On demande si, suivant cet article, le mari peut vendre, aliéner, ou donner, sans le consentement de sa femme, l'immeuble qu'elle a mis en Communauté? Et quand la Communauté est bonne, il n'y a nul doute qu'il le peut; & la femme, ou ses héritiers qui l'accepteront, ne pourront contester ni révoquer ce que le mari aura fait.

Il en sera de même si la Communauté est mauvaise, si dans le contrat du mariage la femme en emmeublissant n'a pas mis dans son contrat, qu'en cas de renonciation à la Communauté, elle & ses héritiers pourront reprendre quittement & franchement tout ce qu'elle y a mis; mais si cette clause y a été apposée, la femme ou ses héritiers, s'ils ont été compris dans la stipulation, pourront revendiquer l'immeuble ameubli, parce qu'en cas de renonciation il est réputé comme fonds dotal, lequel ne peut être aliéné sans le consentement de la femme. *Voyez* le Brun *de la Communauté*, liv. 3, chap. 2, section 1e distinct. 1, p. 289.

Il faut se souvenir que la femme qui ameublit un fonds pour le faire entrer en Communauté,

avec faculté de reprendre quittement & franchement, n'y met que sous la condition *si la Communauté se trouve bonne.* Ensorte que si la Communauté se trouvant mauvaise, elle exerce sa reprise, elle doit être considérée comme si elle n'avoit pas ameubli son héritage pour le faire entrer dans la Communauté.

Par donation ou autre disposition.] M. le Brun dans son *Traité de la Communauté*, liv. 3, ch. 1, n. 25, dit que si le mari dissipe les effets de la Communauté par des donations universelles ou particulieres, elle peut, sans renoncer à la Communauté, se faire séparer, forcer son mari d'en faire partage, emporter ensuite la moitié des effets communs, & revendiquer la moitié des choses données.

Il n'y a rien de plus gracieux pour les femmes que cet avis, qui peut être bon en quelque chose au cas qu'un mari fasse des donations à des concubines ou à ses parens & héritiers, au préjudice de sa femme, ce que les Réformateurs & Rédacteurs ont approuvé, en mettant à la fin de cet article, que les donations de conquêts & de meubles faites par les maris, seront bonnes pourvu qu'elles soient faites *à des personnes capables, & sans fraude;* mais ce seroit constamment perdre la raison si l'on concluoit de-là qu'une femme est en droit de demander sa séparation & d'enlever à son mari la moitié des *épargnes & des acquisitions* qu'il a faites, sur le fondement qu'il dissipe ces mêmes biens.

On ne peut s'empêcher de remarquer ici qu'on en use dans ces sortes de cas trop favorablement en faveur des femmes, & que souvent on ne fait pas, par cette raison, justice aux maris qui sont presque toujours lézés.

Il faut donc distinguer, ou la femme a apporté

en dot de l'argent comptant à son mari, ou elle lui a apporté des fonds en terres ou rentes.

Si elle lui a apporté une *somme d'argent* dont elle est créanciere de son mari, il faut encore distinguer.

Ou le mari a encore *tous les propres qu'il avoit quand il s'est marié*. Et si la femme & les parens ont cru que ces biens étoient suffisans pour répondre de la dot, on ne voit pas par quelle raison la femme, dans ce cas, pourra demander d'être séparée.

Ou le mari n'avoit pas *de propres* quand il a pris sa femme. Et s'il n'y a que des *conquêts* pour répondre de la dot, il est juste, en cas de dissipations, qu'elle la puisse répéter en demandant sa séparation. Mais si, la dot payée, il reste des effets communs, la femme sera obligée de laisser à son mari la jouissance de la moitié qu'elle y a, parce que tenant cette moitié de la libéralité de son mari, il y auroit à elle une ingratitude criminelle de l'en dépouiller avant son décès. *Voyez* à ce sujet l'article 279 de cette Coutume, avec la note qu'on y a faite.

Ou enfin si la femme a apporté sa dot en fonds ou en argent, dont l'emploi a été fait en *héritages*. Et si on ose parler ainsi, quoique le mari dissipe ses conquêts, il y a de l'extravagance de dire que dans ce cas la femme qui ne risque rien pourra demander sa séparation & enlever à son mari la moitié de ses épargnes. D'où il résulte que la femme ne doit presque jamais se plaindre quand son mari dissipe les effets de la Communauté, puisqu'il use du juste droit que la loi lui donne. *Voyez la note sur l'art. 224.*

ARTICLE CCXXVI.

Le mari ne peut point disposer du propre de sa femme, si elle n'y consent.

Le mari ne peut vendre, échanger, faire partage ou licitation, charger, obliger, ni hypothequer le propre heritage de sa femme, sans le consentement de sadite femme, & icelle de par lui autorisée à cette fin.

Le mari ne peut vendre le propre héritage de sa femme.] Par le mot *propre* il faut entendre ici tout immeuble qui appartient à la femme, & qui n'entre pas en communauté, soit que la femme ait acquis cet immeuble avant son mariage, ou qu'elle l'ait eu de succession. *Voyez* l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 33, p. 220, lig. 27, d'où cet article a été tiré, & ce qu'on a remarqué sur l'article 220.

Le mari, suivant cet article, ne peut donc point vendre les immeubles que sa femme lui a apportés en mariage; & la raison est qu'il n'a la jouissance de ces biens que comme bailliſtre ou usufruitier, comme on le fait voir ci-après dans la note sur le Titre *des Douaires*, à la fin.

Dans nos Pays qui suivent le Droit écrit, le mari ne peut pareillement vendre le fonds que sa femme lui a baillé en dot, parce que la Loi *Julia* en défend l'aliénation. *Dotale prædium Italicum maritus invita uxore ne alienato, ne consentiente ea obligato.* Vid. *tit. Institutionum quibus alienare licet. In principio.*

Ce qu'il faut néanmoins entendre, à moins

que le fonds dotal n'ait été donné au mari avec estimation, parce que dans ce cas le fonds est présumé vendu au mari, suivant la Loi qui suit : *Cum dotem te æstimatam accepisse profitearis, apparet jure communi per pactum quod doti insertum est, formato contractu, ex empto actionem esse. Quis enim dubitet æstimationem à te mulieri deberi, cum periculo suo res deteriores fiant, vel augmenta lucro tuo cedant.* Cod. *de jure dotium.* Voyez M. Catelan dans ses Arrêts, tom. 2, liv. 4, chap. 32; & Mornac *ad Leg. 16, Digestis soluto matrimonio, pag. 871.*

En l'année . . . . cette question se présenta. Une mere, en Pays de Droit écrit, maria sa fille & lui promit en dot la somme de *soixante mille livres ;* comme elle n'avoit pas d'argent comptant pour payer cette somme, elle donna en paiement à son gendre deux maisons, l'une estimée 40000 livres, l'autre 20; & il fut dit dans le contrat de mariage que *si le futur époux mouroit le premier sans enfans*, la future épouse demeureroit en possession & jouissance de tous les biens, qu'elle en feroit le partage aux héritiers, & qu'on ne pourroit l'en empêcher, *jusqu'à ce qu'elle eût été payée entiérement de sa dot, &c.*

Le mari, quelques années après, vendit la maison qui lui avoit été donnée en paiement pour 40000 livres, & comme alors les biens immeubles étoient à très-haut prix, il en eut 70000 liv.

Il mourut ensuite sans enfans, & ses héritiers ayant offert à sa veuve, en argent comptant, les 60000 liv. qui lui avoient été constituées en dot, elle les refusa, prétendant que les héritiers devoient lui rendre 70000 liv. provenues du prix de la maison vendue; ensorte que joignant

les 20000 liv. qu'elle demandoit pour l'autre maison, elle soutenoit qu'il lui étoit dû la somme de 90000 liv.

Les héritiers opposoient que la mere ayant constitué en dot à sa fille, une somme de 60000 l. & qu'au lieu d'argent dont elle manquoit, ayant donné à son gendre ces deux maisons en paiement, l'une pour 20000 l. & l'autre pour 40, le mari, censé les avoir achetées à ce prix, en a été le maître; & qu'ainsi, comme il auroit souffert la diminution s'il y en avoit eu, il étoit juste que le profit ou l'augmentation fût pour lui.

La femme répondoit à cela, que *l'estimation* portée par son contrat de mariage, ne pouvoit être regardée comme une vente, puisqu'il y avoit eu stipulation expresse, qu'elle demeureroit toujours en possession des biens de son mari prédécédé, jusqu'à ce qu'elle eût été payée de sa dot; & elle employoit pour elle l'autorité de Cujas, dans son Commentaire sur le §. pénultieme de la Loi unique, *Cod. de rei uxoriæ actione*, où il remarque que l'estimation du fonds dotal n'opere point de vente quand la femme stipule qu'il lui sera rendu ce qui est expressément décidé dans la Loi 32, *Digestis de pactis dotalibus*, & dans la Loi *Æstimatis*, *Dig. soluto matrimonio*, *æstimati fundi alienatio*, dit Cujas, *non est prohibita, etiamsi convenerit ut is ipse fundus restituatur soluto matrimonio non æstimatio . . . . hoc casu fundi dotalis initio quidem æstimati, sed postea pactione quodammodo ea æstimatione retractata, quâ placuit eundem fundum restitui, ejus inquam fundi nihilominus alienatio valet facta volente muliere, &c.*

Or, disoit-elle, mon fonds dotal n'ayant pas été vendu par l'estimation révoquée par la stipulation qu'il lui seroit rendu en cas de survie,

ce fonds a tellement été à moi qu'il n'a pu être vendu sans mon consentement, & par conséquent comme j'en aurois porté la perte s'il étoit diminué de valeur, il faut que j'en aie le profit s'il a été plus vendu qu'il n'avoit été estimé.

Cette affaire ayant été portée pardevant les premiers Juges, sans faire attention aux circonstances du fait, ils la décidèrent en faveur de la femme, & jugerent que quoiqu'elle n'eût apporté en dot qu'une somme de 60000 livres, elle en emporteroit néanmoins *quatre-vingt-dix mille ;* & la question ayant été consultée, on a été d'avis que cette Sentence étoit juridique ; qu'il étoit à propos d'y acquiescer & de l'exécuter ; ce que les Parties mieux conseillées n'ont pas voulu faire, & avec raison.

Il faut se souvenir que par les Loix Romaines le fonds dotal dans l'Italie étoit inaliénable sans le consentement de la femme, & que dans les Provinces il ne pouvoit être aliéné même de son consentement ; ce qu'il faut entendre du fonds qui n'avoit pas été estimé. *Vid. Cujac. ad §. penult. Cod. de rei uxoriæ actione.*

Si le fonds avoit été *estimé*, on distinguoit dans les Provinces où la femme n'avoit pas stipulé, qu'il lui seroit rendu à la dissolution du mariage.

Où elle avoit stipulé qu'il lui seroit rendu.

Dans le premier cas, comme il étoit réputé vendu, le mari qui en étoit le maître, pouvoit l'aliéner sans le consentement de sa femme.

Et dans le second cas, il ne pouvoit l'aliéner sans le consentement de sa femme, ce qui donne lieu à la question de savoir quel prix la femme en pouvoit prétendre, ou celui fixé par l'estimation faite dans son contrat de mariage, ou ce que le mari en avoit retiré en le vendant. Et

l'opinion commune fut que la femme devoit avoir le prix entier provenu de la vente faite de son consentement, puisque le fonds, quoiqu'estimé, lui devant être restitué à la dissolution du mariage, & l'estimation étant par-là anéantie, il étoit réellement à elle; ce que *Scipio Gentilis* a très-bien expliqué en ces termes dans son Traité *de æstimatione rerum in dotem datarum*, p. 162, à la fin.

Prima quæstio nobis erit de rebus dotalibus æstimatis datis, eo pacto adjecto, ut eædem res quandoque soluto matrimonio restituantur. Quo casu æstimatio illa non facit emptionem venditionem, ut alias regulariter solet Lege plerumque, Dig. de jure dotium. Talis æstimationis, sive pacti ea vis est ut res ita æstimatæ maneant dotales. Sed duo imprimis de eo quæruntur, unum est de restitutione ipsa earum rerum, alterum de periculo, de commodis, de fructibus earumdem rerum.

Quod ad primum attinet, eæ res omnino debent restitui, imo si maritus eas res alteri vindiderit, mulier poterit eas ab emptore vindicare, Leg. quod si fundus, D. de fundo dotali. Ut pote eum earum domina manserit, Leg. cum inter virum, C. de jure dot. Sed additur quædam limitatio, sive exceptio, in L. 50, D. soluto matrim. Nisi eæ res venditæ fuerint muliere volente, vel ratum postea habente. Hoc enim casu non cogitur maritus præcise eas mulieri restituere, sed potestatem habebit utrum eas res mulieri reddat, an eorum prætium, Leg. ultim. D. de pactis dotalibus.

Pretium autem non illud quo res initio æstimatæ sunt intelligimus sed illud, quo à marito venditæ sunt. Quare si fundus centum æstimatus sit, venditus autem à marito ducentis sit. Hæc ducenta mulieri reddenda sunt, ut rectissime scriptum est in dicta Lege ultima, licet doctissimi viri contra sen-

tiant, eoque verba dictæ Legis immutare conentur, sed perperam.

Si la mere, dont on a parlé ci-dessus, en dotant sa fille avoit donné à son gendre ces deux maisons pour 60000 livres, avec pacte exprès qu'après la dissolution du mariage ces deux mêmes maisons seroient rendues ou restituées à sa fille, il n'y auroit aucune difficulté, & la Sentence rendue en faveur de la veuve, conforme aux textes de Droit cités ci-dessus, auroit été très-juridique.

Mais il faut se souvenir que la mere en mariant sa fille, lui avoit promis en *dot* la somme de 60000 liv. en argent, & que n'en ayant pas, elle s'étoit accommodée avec son gendre, qui, ayant pris ces deux maisons pour les 60000 liv. promises, en étoit resté débiteur envers sa femme pour sa dot.

Et comme le contrat de mariage portoit, en termes exprès, qu'avenant le décès du mari, la femme demeureroit en possession de ses biens, *jusqu'à ce qu'elle eût été payée de sa dot*, on ne pouvoit raisonnablement entendre que les deux maisons données en paiement au mari qui les avoit achetées, fussent comprises sous le nom de dot; ensorte que la Sentence étoit constamment insoutenable.

On demandera si ces sortes d'estimations ont quelqu'effet dans les contrats de mariages passés dans nos Pays coutumiers? Et l'on répond que régulièrement elles y sont inutiles, parce que dans nos Pays coutumiers il n'y a point de dot ni de fonds dotal, & que le mari jouit pendant le mariage des biens de sa femme, comme bail, gardien & administrateur; ce qu'Argentré a très-bien remarqué par ces paroles qu'on ne doit jamais oublier : *Tibi domum reverso multa didi-*

cenda sunt, nam jure patrio nulla nobis dos, ut illo quidem jure nulla constituta dotis jura, nullus fundus dotalis, nulla lex Julia, nulla usucapiendi inhabilitas. Mulieris patrimonium sic in ejus bonis est, ut mariti non sit alienabile, commerciale, præscriptibile quomodo alterius cujuscumque. Ce qui a été aussi remarqué par Curtius, *tomo 1, conjectural. lib. 1, cap. 39, Ego nos*, dit-il, *hodie in Belgicâ nostrâ dotes habere nego. Nec enim existimandum est, apud antiquos, totum patrimonium & fortunas omnes uxoris doti fuisse, ut apud nos maritus plenam & justam omnium quæ uxoris sunt administrationem habet. Quinimo sæpe quæ decies forte aut vicies in bonis habebat, non amplius quam quingenta aut nogenta doti dicebat, nempe ad onera matrimonii & rei familiaris ferenda, in cætero vero liberum, & integrum erat uxori, seu vellet per luxum aut largitionem perdere, seu mutuum vel fœnori dare, aut aliter in eo negotiari, &c.*

Ainsi lorsque dans nos Pays coutumiers un pere & une mere marient leur fille, & qu'en paiement de la dot ou, pour mieux dire, de la somme promise en mariage, ils lui cedent ou vendent une terre ou une maison pour un certain prix, c'est à la femme seule que la vente est faite, & non au mari qui l'autorise seulement, & qui a la jouissance de ce bien, comme bail, administrateur ou gardien. *Voyez* ce qu'on observe sur les articles 304, 305, ci-après.

ARTICLE CCXXVII.

Quels baux le mari peut faire des biens de sa femme.

Peut toutefois le mari faire baux à loïer ou moison à six ans, pour héritages

assis à Paris, & à neuf ans pour heritages assis aux champs, & au dessous, sans fraude.

Coquille, Q. 105.

Peut toutefois le mari faire baux à loïer ou moison à six ans, pour héritages assis à Paris, & à neuf ans pour héritages sis à la campagne, &c.] Ainsi le mari comme *bail & administrateur des biens de sa femme*, est en droit d'affermer ou de bailler à moison les héritages de sa femme; & la femme est obligée, après la mort de son mari, d'exécuter & de tenir ces baux s'ils ont été *faits sans fraude;* mais si le mari a loué les héritages à vil prix pour en tirer secretement des pots-de-vin, la fraude étant prouvée, la femme pourra demander la résolution des baux.

C'est par équité que ce droit a été établi; car, à la rigueur, il n'est pas juste que la femme soit tenue d'un contrat dans lequel elle n'a point été Partie. Et de-là vient que, suivant les Loix Romaines, elle n'étoit pas tenue des baux de ses fonds dotaux que son mari avoit faits pour cinq années, *Lege si filiofamilias 25, paragrapho finali, Digestis soluto matrimonio;* mais quoiqu'à la rigueur elle n'en fût pas tenue chez les Romains, cependant on l'y obligeoit indirectement, parce que les héritiers du mari ne lui rendoient les fonds dotaux, qu'à la charge d'entretenir les baux, ou de les dédommager des recours que les fermiers pourroient exercer contr'eux. De sorte que pour prévenir ces sortes de contestations, on a très-bien décidé par cet article, que la femme seroit tenue des baux faits par son mari, pendant *six & neuf années, sans fraude.* Vide *Pacionum de locatione & conductione, cap. 61,*

num. 78 ; Petrum Barbosam & Cujacium ad Legem si filiofamilias, § *finali.*

Comme cet article est équitable, la décision doit, ce semble, être étendue aux baux faits par les *tuteurs* & par le *bénéficier*, soit que les bénéficiers soient pourvus par *resignation*, par *permutation*, & même *per obitum*, lorsque les baux sont utiles à l'Eglise, suivant la remarque de Barbosa, *de officio Episcopi, parte 3, allegatione 94*, & de *Pacionus de locatione*, *cap. 61*, *n. 212*, *13*, *14*, *15*, *&c.* Cependant nos Auteurs sont d'avis que le pourvu *per obitum* n'est pas tenu du bail de son prédécesseur, en lui laissant néanmoins la récolte de l'année. *Voyez* Henrys, tom. 1, liv. 1, chap. 2, q. 4.

C'étoit une question, dans le Droit Romain, de savoir si le mari à qui la femme donnoit un fonds en dot, étoit obligé de tenir le bail qu'elle en avoit fait; ce qui est traité par Pacionus, *de locatione conductione*, *cap. 61*, *n. 73*, *74*, *&c.* Mais comme dans nos Pays coutumiers il n'y a point de fonds dotal, ainsi qu'on remarque sur le Titre *des Douaires ;* & comme le mari qui ne jouit qu'en qualité de *bail* ou d'administrateur des biens de sa femme, n'est point un successeur singulier, il faut tenir pour constant que le mari doit accomplir les baux qu'elle a faits, quand même elle les auroit faits à vil prix, moyennant quelque pot-de-vin, & sur-tout si le bail est de quelques années antérieur au mariage, parce que la femme a usé de son droit. Et cela doit être ainsi quand même il y auroit clause que les conjoints ne seroient tenus des dettes de l'un & de l'autre, contractées avant leur mariage.

Si le mari prend une maison à loyer, pour neuf années, la femme n'en est tenue qu'en cas

qu'elle accepte la Communauté. Et si le bail étant fait par le mari avant mariage, il décede ensuite, la femme, quoique commune, selon Chopin & Mornac, n'est pas tenue du reste du bail, mais seulement des loyers échus pendant son mariage, sauf son recours pour moitié contre les héritiers de son mari, ce qui n'est pas sans difficulté, à moins que dans le contrat de mariage il n'y ait la clause, que *les conjoints ne seront tenus des dettes de l'un de l'autre, contractées avant leur mariage;* auquel cas il n'y a nul doute que la femme, quoiqu'elle accepte la Communauté, ne peut point être chargée de la continuation d'un tel bail. *Vide Mornacium ad Legem 9, Cod. de locato conducto, & Chopinum ad Consuetud. and. lib. 3, cap. 2, tit. 2, n. 20.* Voyez sur l'article 89.

ARTICLE CCXXVIII.

Le mari ne peut obliger sa femme que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende de la Communauté.

Le mari ne peut par contrat & obligation faite devant ou durant le mariage, obliger sa femme sans son consentement, plus avant que jusqu'à la concurrence de ce qu'elle, ou ses héritiers amendent de la Communauté. Pourvû toutefois qu'après le decez de l'un des conjoints, soit fait loïal inventaire, & qu'il n'y ait faute, ni fraude de la part de la femme, ou de ses héritiers,

Lucius, lib. 8, placitor. tit. 3, n. 8, 9.

Devant ou durant le mariage.] Voyez la note sur l'article 221.

Pourvu toutefois qu'après le décès de l'un des conjoints soit fait loyal inventaire.] & si l'inventaire n'est pas loyal, ce bénefice accordé à la femme, ou à ses héritiers, n'a plus de lieu.

Les frais de l'inventaire doivent être pris sur les biens communs, & avant partage; de sorte que si la femme renonce à la Communauté, elle n'en doit rien; & elle n'en doit encore rien, ni ses héritiers, si en vertu de la clause apposée dans le contrat de mariage, elle ou eux reprennent quittement & franchement ce qu'elle avoit mis en communauté.

ARTICLE CCXXIX.

Comment les Biens de la Communauté se divisent.

Après le trepas de l'un desdits conjoints, les biens de ladite Communauté se divisent en telle maniere, que la moitié en appartient au survivant, & l'autre moitié aux heritiers du trepassé.

Voyez la note sur l'article suivant.

ARTICLE CCXXX.

La moitié des conquêts eſt propre aux heritiers du conjoint decedé.

Laquelle moitié des conquêts advenuë aux heritiers du trepaſſé, eſt le propre heritage deſdits heritiers. Tellement que ſi leſdits heritiers vont de vie à trepas ſans hoirs de leurs corps, icelle moitié retourne à leur plus prochain heritier, du côté & ligne de celui deſdits mariez par le trepas duquel leur eſt advenu ladite moitié : deſquels biens toutefois, les pere ou mere, aïeul ou aïeule ſuccedans à leurs enfans, joüiront par uſufruit leur vie durant, au cas qu'il n'y ait aucuns deſcendans de l'acquereur.

A leur plus prochain héritier de leur côté & ligne.] Lorſque les pere & mere décédés n'ont laiſſé que des conquêts, & un ſeul enfant, les deux moitiés des conquêts ſeront le propre naiſſant de l'enfant; & ſi l'enfant décede, la moitié provenue du pere retournera aux parens paternels, & la moitié provenue de la mere, aux parens maternels.

Si l'enfant héritier de ſes pere & mere ſe marie, s'il décede enſuite & ne laiſſe qu'un enfant, tous ces conquêts devenus propres naiſſans paternels & maternels, ſeront propres anciens & paternels ſeulement en la perſonne de ce dernier

enfant; mais ces propres paternels, après le décès de cet enfant, retourneront aux deux lignes dont ils sont provenus; de sorte qu'une moitié en appartiendra aux parens du côté & ligne de l'aïeul, & l'autre aux parens du côté & ligne de l'aïeule, & les parens d'une de ces deux lignes qui succedent à une des moitiés, ne peuvent jamais succéder à l'autre moitié, que quand il n'y a plus de parens de l'autre ligne, parce que les lignes ne se confondent point, quelque degré de génération qu'il y ait; ce qu'on remarque ici par avance pour l'intelligence des articles 326, 329, 330.

Desquels biens les pere & mere succédans à leurs enfans jouiront par usufruit.] Comme les pere & mere ont cet usufruit en qualité d'héritiers, les enfans les en peuvent priver ou le diminuer en disposant de leurs propres par donation entre-vifs, ou du quint par testament. *Voyez la note sur l'article 314.*

ARTICLE CCXXXI.

A qui appartiennent les fruits pendans par les racines au tems du trepas de l'un des conjoints.

Les fruits des heritages propres pendans par les racines au tems du trepas de l'un des conjoints par mariage, appartiennent à celui auquel advient ledit heritage; à la charge de païer la moitié des labours & semences.

A la charge de payer la moitié des labours & semences.] La raison est que les fruits pendant par

les racines n'ont pas été communs, parce que jusqu'au trépas du conjoint, ils ont toujours fait partie du fonds qui lui étoit propre; mais quant aux labours & semences, comme ils sont sortis de la Communauté, la moitié en doit être rendue. Si la femme survivante renonce à la Communauté, il faut cependant remarquer qu'au lieu de la moitié des labours & semences, elle les doit tous; & que dans le pareil cas, les héritiers du mari ne lui doivent rien.

ARTICLE CCXXXII.

De l'alienation des propres pendant le mariage.

Si durant le mariage est vendu aucun heritage ou rente propre, appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente, ou rachat, est repris sur les biens de la Communauté, au profit de celui auquel appartenoit l'heritage, ou rente, encore qu'en vendant n'eût été convenu de remploi, ou recompense, & qu'il n'y ait eu aucune declaration sur ce faite.

Coquille, Q. 105.

Est repris sur les biens de la Communauté,] & si les biens de la Communauté ne suffisent pas, sur les biens du mari.

ARTICLE CCXXXIII.

Le mari eſt le maître des actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme.

Le mari eſt Seigneur des actions mobiliaires & poſſeſſoires, poſé qu'elles procedent du côté de la femme; & peut le mari agir ſeul, & déduire leſdits droits & actions en Jugement ſans ſadite femme.

Voyez Coquille, Q. 107, & la note ſur l'article 225.

Et peut le mari agir ſeul.] *Poteſt tamen uxor intervenire etiam invito marito autorata à judice in propriis ſuis, ne colludatur.* Du molin ſur la Coutume de Bourgogne, chap. 4, art. 5, *& in Conſ. Pariſ.* §. 113.

ARTICLE CCXXXIV.

La femme mariée ne ſe peut obliger ſans le conſentement de ſon mari, ſi elle n'eſt ſéparée, ou marchande publique.

Une femme mariée ne ſe peut obliger ſans le conſentement de ſon mari, ſi elle n'eſt ſeparée par effet, ou marchande publique; auquel cas étant marchande publique, elle s'oblige & ſon mari, touchant le fait & dépendances de ladite marchandiſe publique.

Voyez la note sur l'article 223, l'article 236; Coquille, Q. 103, & l'Ordonnance de 1667, au Titre *de la décharge des Contraintes par corps*, art. 8.

Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée.] Et par conséquent si elle est séparée par effet, il est vrai de dire qu'elle pourra s'obliger & ester en Jugement, tant pour ses *immeubles* que pour ses meubles. Et c'est ainsi qu'on a entendu cette Coutume avant la réformation, ce qui nous est marqué précisément par M. Tiraqueau *de Legibus connubialibus.* Lege 16, glose 6, nomb 38 & 39.

Baldus & Salic. in ea fuerunt sententia, ut statutum requirens consensum viri in contractu mulieris sit introductus in favorem ipsius viri. Et hanc opinionem non modicum fulciunt non nullæ consuetudines Franciæ quæ reponunt uxores in potestate maritorum, illisque denegant jus contrahendi, aut in judicio litigandi sine consensu maritorum. Id tamen nuncupatim intelligunt, nisi facta fuerit bonorum separatio. Tunc enim eis licere liberè contrahere vel litigare sine consensu vel autoritate mariti. Hujusmodi enim inter cæteras sunt Parisienses, cap. 105, 106; Blesenses, cap. 3, tit. de Communauté, &c.

Ce qui a fait dire à du Molin, dans la note sur l'article 170 de la Coutume de Bourbonnois, que la femme séparée n'étoit plus sous la puissance de son mari. *Facta separatione mulier non est amplius in potestate mariti.* Et à Gousset, sur l'article 170 de la Coutume de Chaumont, que la femme par la séparation *exit extra potestatem viri, sui juris & legitima persona efficitur, æque ac si vir naturaliter moreretur.*

Il y a à ce sujet des dispositions précises dans la Coutume de *Sedan*, article 97, & dans celle

de *Loris*, qui permettent à la femme séparée de disposer de ses biens meubles & immeubles, sans l'autorité de son mari.

Mais comme les séparations ne sont réputées faites que pour quelque temps, parce qu'il y a espérance que les conjoints pourront un jour se concilier, il seroit dangereux que pendant que les choses sont ainsi en suspens, il fût permis à la femme d'aliéner ses immeubles, & en se ruinant de se mettre hors d'état de retourner avec son mari qui ne voudra plus la reprendre si elle n'a plus rien; & c'est pour cela que les Jurisconsultes Espagnols ont été d'avis que la femme *séparée* ne pouvoit point disposer de ses immeubles sans l'autorité expresse de son mari. *Voyez* Guttierez *de juramento confirmatorio, parte 1, capite primo, n. 54, p. 13.*

Et la Cour a établi cette Jurisprudence par plusieurs de ses Arrêts. De sorte qu'on tient aujourd'hui pour maxime que *la séparation n'a précisément le même effet que l'émancipation des mineurs, qui ne les autorise que pour l'administration de leurs revenus, & non pour l'aliénation de leurs fonds.* Voyez le Brun, dans son *Traité de la Communauté*, liv. 2, chap. 1, n. 8, p. 138, & Gamma, décision 357.

Comme la femme séparée ne peut pas disposer de ses immeubles ou les hypothéquer sans le consentement & sans l'autorité de son mari, il s'ensuit qu'elle ne peut pas transiger de ses remplois avec son mari qui ne peut l'autoriser contre lui-même. De sorte qu'en ce cas il faut qu'elle soit autorisée par Justice.

On demande si la femme qui a stipulé par son contrat de mariage *qu'elle ne sera pas commune*, & qui s'y est fait autoriser à l'effet *de disposer librement de ses biens*, pourra vendre &

engager ſes immeubles ? Il ſemble qu'une telle ſtipulation eſt bonne, parce que c'eſt une regle que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, & parce que ſans cette clauſe-ci, la femme ne ſe ſeroit pas mariée; joint à cela que le mari qui conſent à une telle ſtipulation, & qui eſt préſumé en devoir connoître les ſuites, ne peut plus avoir de juſtes raiſons pour la conteſter.

Cependant il y a Arrêt du 9 Mars 1713, qui a jugé que la dame *de Rochefort*, épouſe non commune de Meſſire *Charles de Roye de la Rochefoucaud*, *autoriſée par ſon contrat de mariage à la pourſuite de ſes droits, même pour la vente & l'aliénation de ſes immeubles, n'en avoit pu diſpoſer ni les engager ſans le conſentement de ſon mari.* Ce qui eſt juſte & juridique, parce qu'une femme ſe pourroit ainſi ruiner, & ſes enfans, & être enſuite à charge à ſon mari. *Voyez* Soefve, *Centurie premiere*, chap. 60, p. 58.

Séparée par effet,] de biens ſeulement, pourvu que la ſéparation ſoit réelle & effective; & la ſéparation eſt telle de plein droit, quand le mari eſt condamné aux galeres ou au banniſſement perpétuel.

ARTICLE CCXXXV.

Quand la femme mariée eſt reputée marchande publique.

La femme n'eſt reputée marchande publique pour débiter la marchandiſe dont ſon mari ſe mêle; mais eſt réputée marchande publique quand elle fait

marchandiſe ſeparée, & autre que celle de ſon mari.

ARTICLE CCXXXVI.

La femme marchande publique ſe peut obliger touchant le fait de ſa marchandiſe.

La femme marchande publique ſe peut obliger ſans ſon mari, touchant le fait & dépendance de ladite marchandiſe.

Voyez l'article 234.

ARTICLE CCXXXVII.

La femme noble ou non noble, peut renoncer à la Communauté.

Il eſt loiſible à toute femme noble, ou non noble, de renoncer, ſi bon lui ſemble, après le trepas de ſon mari, à la Communauté des Biens d'entre elle & ſondit mari, la choſe étant entiere, & en ce faiſant demeurer quitte des dettes mobiliaires dûës par ſondit mari au jour de ſon trepas, en faiſant faire bon & loïal inventaire.

Il eſt loiſible à toute femme de renoncer à la Communauté.] Ce droit de renoncer eſt ancien, comme

il se voit par ce qu'en écrit l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 41, p. 271; & Jean *Galli*, *quæstione 131.*

Mais lorsque nos anciens Praticiens traitent de ce droit, ils ne parlent que *de la femme* & ne disent rien *des enfans.* De sorte que ç'a été une grande question de savoir si la femme étant prédécédée, ses enfans pouvoient renoncer; & enfin l'usage s'est établi que les *enfans* & même les *collatéraux*, exerçans les droits de la défunte, avoient la *faculté de renoncer.*

Dans la suite, les femmes, en se mariant, n'ont voulu mettre en Communauté que *sous la condition tacite, si elle se trouvoit bonne;* & elles ont stipulé par cette raison qu'*en renonçant*, elles pourroient *reprendre quittement & franchement* ce qu'elles y auroient mis.

La question a été de savoir si cette stipulation *de reprendre quittement & franchement en renonçant*, passoit aussi aux enfans & aux collatéraux. Et comme la *faculté de renoncer* leur a été transmise, il semble qu'il en devoit être de même de la *faculté de reprendre quittement & franchement en renonçant;* & cependant il a été jugé que la *faculté de reprendre* en renonçant *étoit personnelle* à la femme qui l'avoit stipulée, & qu'elle ne *passoit pas à ses enfans*, & encore moins à ses *collatéraux.*

Cet usage étant établi il faut s'y soumettre; mais comme en Droit il est utile de rechercher exactement la vérité, il est à propos d'examiner ici s'il y a eu lieu de faire cette différence entre la *faculté de renoncer* & celle *de reprendre* quittement & franchement *en renonçant.*

C'est un principe très-constant, que toute société est finie & résolue par la mort d'un des associés, §. 5, *Instit. de Societate;* & comme la

communauté conjugale eſt une *ſociété*, elle eſt d'autant plus réſolue dans ce cas, que n'étant que de deux perſonnes, il eſt impoſſible qu'après la mort de l'une elle puiſſe ſubſiſter dans la ſeule perſonne de l'autre qui ſurvit.

Mais quoique la mort rompe la ſociété, elle n'empêche pas que ce qui en a duré auparavant ne doive être exécuté; & comme perſonne ne peut réſoudre une ſociété qui exiſte, en y renonçant *au préjudice* de ſon aſſocié, §. 4. *Inſtitutionibus de Societate*, perſonne auſſi ne peut renoncer au droit qu'il a dans une *ſociété réſolue au préjudice de ſon aſſocié*, pour ſe tirer d'affaire en le chargeant ſeul de toutes les dettes communes; ainſi quand le mari conſent à la ſtipulation faite par ſa femme, qu'elle pourra renoncer à la Communauté & en rejetter ainſi toutes les dettes communes *ſur lui ſeul* ou ſur ſes *héritiers*, il lui accorde une grace tellement exorbitante qu'elle ne doit pas, ce ſemble, paſſer à une autre perſonne qu'elle.

D'ailleurs pour tranſmettre l'effet de cette ſtipulation, il faut, ce ſemble, qu'elle ait été, pour ainſi dire *préparée*, & que la femme ait pu l'exercer; or la femme qui prédécede ſon mari n'a pu exercer cette ſtipulation, & par conſéquent elle n'a pas pu la tranſmettre.

Mais il a paru qu'il étoit injuſte que la femme en puiſſance de mari, qui ne peut contracter aucunes dettes, fût tellement tenue de celles de ſon mari *comme commune*, qu'elle ne pût ſe diſpenſer d'en payer ſa part, & par cette raiſon on a voulu qu'elle n'en fût tenue que juſqu'à concurrence de ce *qu'elle profiteroit de la Communauté* quand elle l'auroit acceptée; & qu'elle pourroit y renoncer *de droit & ſans ſtipulation* ſi elle la trouvoit mauvaiſe; & comme ſes héri-

tiers, *enfans ou collatéraux*, avoient besoin du même secours & méritoient la même commisération, la *faculté de renoncer* leur a été aussi donnée.

Or si l'on a jugé à propos que la *faculté de renoncer à la Communauté*, que la femme n'avoit anciennement que quand elle l'avoit stipulée, passât à ses héritiers, pourquoi la *faculté de reprendre* quittement *en renonçant*, ne passera-t-elle pas aussi à ses héritiers? On avoit douté, parmi les anciens Jurisconsultes si les sociétés se pouvoient contracter sous condition, & enfin il a été décidé que de telles conventions étoient justes & légitimes, *Lege 6*, *Codice pro socio*, ainsi que *l'achat & la vente*, *la location* & la conduction, §. 4, *Institut. de emptione*, *Leg. 20*, *Dig. locati.*

Comme personne ne peut douter qu'une *vente sous condition* ne soit transmise à l'héritier, il en doit être de même, ainsi qu'on l'a dit, *de la Société*, parce que la femme qui met en communauté, *avec faculté de reprendre* en cas de renonciation, n'y met que *sous la condition si la Communauté se trouve bonne*; condition d'autant plus juste que la Communauté n'est presque jamais mauvaise que par la faute du mari.

Enfin, quand on voudra y faire attention, on connoîtra qu'une *clause d'un contrat*, stipulée expressément par une Partie, & accordée par l'autre, *n'est pas un privilege* ou un *bénéfice* personnel. *Vide Legem 196 de regulis juris*, *& ibi Petrus Faber*, *Cujacius*, *& Gotofredus.*

On pourroit dire par la même raison que la *faculté de rachat ou de remérer* dans un contrat de vente, seroit aussi *un privilege ou bénéfice personnel* qui ne passeroit pas à l'héritier de celui qui l'auroit stipulée, & personne encore ne s'est

aviſé d'avancer une telle maxime. L'Arrêt que les Praticiens nomment *de Duval*, rapporté par Bardet, liv. 2, chap. XI, a commencé de déroger à l'uſage ordinaire, & il ſeroit à ſouhaiter que cet Arrêt fût ſuivi à l'avenir, parce qu'il eſt conforme aux vrais principes.

On demande ſi la femme, marchande publique, qui a contracté des dettes en ſon nom peut les rejetter ſur les héritiers de ſon mari, en renonçant à la Communauté & reprenant quittement & franchement. Nos Auteurs décident qu'elle le peut. *Voyez* de Renuſſon *de la Communauté*, part. 2, chap. 6, n. 61; & Charondas dans ſes Réponſes, liv. 13, chap. 85.

Cela peut être vrai ſi la femme, marchande publique, a mal fait ſes affaires par de mauvais accidens; mais ſi les affaires ont mal tourné par ſa faute ou ſa négligence, il eſt d'autant plus juſte qu'elle ſoit tenue ſans pouvoir renoncer de la moitié de ſes dettes, que tout aſſocié eſt tenu de ſon dol & de ſa faute envers ſon aſſocié. *Leg. cum duobus* 52, §. 2 & 3, Dig. *pro ſocio*, & §. 9. *Inſt. de Societate.*

En faiſant bon & loyal inventaire,] dans les trois mois après le décès de ſon mari. *Voyez* l'Ordonnance de 166[illegible], tit. 7, art. 5; *Gallum*, q. 131, & Coquille, q. 117, 118, 119.

On remarquera que la renonciation des femmes à la Communauté doit être inſinuée au Greffe du lieu du domicile des maris. *Voyez* l'Edit du mois de Mars 1703, art. 13.

ARTICLE CCXXXVIII.

Le ſurvivant des conjoints nobles peut prendre les meubles qui ſont hors de Paris, en païant les dettes mobiliaires & les funerailles du trepaſſé.

Quand l'un des deux conjoints nobles demeurans tant en la Ville de Paris, que dehors, & vivans noblement, va de vie à trepas, il eſt en la faculté du ſurvivant de prendre & accepter les meubles étant hors la Ville & Fauxbourgs de Paris, ſans fraude; auquel cas il eſt tenu païer les dettes mobiliaires, & les obſeques & funerailles d'icelui trépaſſé, ſelon ſa qualité, pourvû qu'il n'y ait enfans, & s'il y a enfans, partiſſent par moitié.

Ce Privilege fut confirmé par un Arrêt du 21 Juillet 1502. D'abord il étoit pour tous les meubles; & il fut enſuite reſtraint à ceux qui ſont hors la Ville & les Fauxbourgs de Paris. *Voyez* l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 29, pag. 201.

ARTICLE CCXXXIX.

Les Mineurs mariez ſont émancipez.

Homme & femme conjoints par mariage ſont reputez uſans de leurs droits,

pour avoir l'administration de leurs biens, & non pour vendre, engager ou aliener leurs immeubles pendant leur minorité.

Voyez l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 29, p. 205.

ARTICLE CCXL.

De la continuation de Communauté.

Quand l'un des deux conjoints par mariage, va de vie à trepas, & délaisse aucuns enfans mineurs dudit mariage, si le survivant des deux conjoints ne fait faire inventaire avec personne capable, & legitime contradicteur, des biens qui étoient communs durant ledit mariage, & au tems du trepas, soit meubles ou conquêts immeubles, l'enfant, ou enfans survivans peuvent, si bon leur semble, demander communauté en tous les biens meubles, & conquêts immeubles du survivant, posé qu'icelui survivant se remarie.

Coquille, Q. 88, 89, 90, 91, 92, 93. La suite des droits de patronage, p. 310. *Lucius, lib. 8, placitor. tit. 3. Felicius de Societate, cap. 41, p. 492. Escobar de ratio. p. 78, n. 62. Henelius de commun. bon. p. 504, n. 11.*

Nos Auteurs se sont extrêmement trompés au sujet de la continuation de la Communauté.

Anciennement à Paris, les enfans étoient en puissance de pere & de mere, à qui les meubles & les immeubles, acquis par les enfans, appartenoient. Et de-là vient qu'à Paris il n'y avoit point de continuation de Communauté, comme il se voit par les paroles suivantes, d'un ancien acte du Parlouer aux Bourgeois, de l'an 1293 : *Il fut répondu, registré, témoigné & accordé de eux, que les enfans demeurans avec le pere ou aveques la mere, se ils font aucuns acquêts, ils sont ceux au pere ou à la mere, sans contredire par la Coûtume de Paris, ne ils font point de compagnie.* Joignez l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 40, pag. 264, 265, & des Mares, décision 248.

Mais peu après on abolit ce droit, & l'on établit que les enfans majeurs ou mineurs, quand il n'y auroit point de partage ni d'inventaire, seroient communs avec le survivant des pere ou mere, *non du chef du pere ou de la mere prédécédés*, mais *de leur propre chef*. Car l'usage étoit anciennement que tous ceux qui vivoient en commun pendant un an & un jour, contractoient société, & c'est pour cela que les enfans n'étoient alors communs qu'après l'an & jour, comme il se voit dans l'autorité suivante, tirée du grand Coutumier, liv. 2, ch. 40, p. 264.

Nota, *que par usage & coûtume, deux conjoints ou affins, demeurans ensemble par an & jour, sans faire division ou protestation, ils acquierent l'un avec l'autre Communauté, quant aux meubles & conquêts ; & pour ce, si deux conjoints ont un fils, & après l'un d'iceux conjoints va de vie à trepas, & depuis à icelui fils demeuré avec le survivant sans faire inventaire, partage, ne division, tout ce que*

le ſurvivant a conquêté, il reviendra à Communauté avec le fils.

Enfin cette Communauté tacite a été abolie tant à Paris que dans nos autres Coutumes, & elle eſt ſeulement demeurée en uſage en faveur des enfans mineurs, comme il ſe voit dans cet article, où elle eſt appeliée continuation de Communauté, parce qu'elle ſuccede immédiatement à celle des pere & mere. Et puiſque le droit de demander cette continuation, eſt à préſent un privilege perſonnel, dans les regles, l'équité & la bienſéance, il ne doit point être tranſmiſſible à des étrangers contre les peres & meres. *Vide Leg. in omnibus 168, & Leg. 196. D. de Reg. J. & ibi J. Gothof.*

Or de ce que cette Communauté continuée, eſt une Communauté nouvelle, il s'enſuit que les conquêts immeubles, faits dans la premiere, n'y doivent point entrer, mais les fruits ſeulement qui en proviennent; au lieu que ſi elle étoit une véritable continuation, les conquêts faits pendant le mariage y devroient reſter, & demeurer en la diſpoſition du pere, qui, dans les regles, devroit avoir toujours la liberté d'en diſpoſer comme avant le décès de ſa femme.

Si cette remarque avoit été faite, & ſi l'on avoit eu ſoin de ſuivre exactement ce progrès, les queſtions agitées par M. le Prêtre dans le chap. 20 de la ſeconde Centurie, auroient moins fait de difficulté.

Peuvent, ſi bon leur ſemble, demander Communauté.] Et cette Communauté, quand elle eſt une fois commencée, n'eſt point interrompue par la majorité des enfans.

Poſé qu'icelui ſurvivant ſe remarie;] c'eſt-à-dire, *quoiqu'il ſe remarie.*

Voyez la Diſſertation ſur cet article, étant à la fin du troiſieme Volume.

ARTICLE CCXLI.

Il n'y a point de dissolution de Communauté, si l'inventaire n'est clos dans les trois mois après qu'il a été fait.

Et pour la dissolution de la Communauté, faut que ledit inventaire soit fait & parfait, & à la charge de faire clore ledit inventaire par le survivant, trois mois après qu'il aura été fait; autrement, & à faute de ce faire par le survivant, est la Communauté continuée, si bon semble aux enfans.

Lucius, lib. 8, placitor. tit. 3, n. 1 & 2.

A la charge de le faire clore.] Cette formalité n'est requise que dans le cas proposé dans cet article. Ainsi il fut jugé, par Arrêt du 18 Novembre . . . . après avoir demandé l'avis des Chambres, que le défaut de clôture n'étoit pas suffisant pour rendre nulle la renonciation de la femme. *Voyez* M. le Prêtre, Cent. 1, chap. 4, p. 13, à la fin de la derniere édition.

Ce qui est décidé, dans cet article, n'a donc lieu que quand la *Communauté est bonne;* mais si elle est mauvaise, la femme qui a fait inventaire dans le temps marqué par l'Ordonnance, pouvant toujours renoncer lorsqu'elle est poursuivie par les créanciers de son mari, elle peut toujours anéantir, par sa renonciation, la continuation de Communauté.

Que l'on suppose qu'une veuve qui a fait

inventaire ſans le clorre, n'ait renoncé à la Communauté, que *huit ou dix années* après la mort de ſon mari, & que pendant cet intervalle elle ait fait des acquiſitions, les biens qu'elle aura ainſi acquis ſeront-ils tombés dans la Communauté continuée? Le Brun, dans ſon *Traité de la Communauté*, L. 3, ch. 3, p. 517, eſt d'avis qu'ils y tombent, ce qui eſt une erreur, parce que la femme qui renonce n'ayant été réellement commune ni avec ſon mari défunt, ni avec ſes enfans, il n'eſt pas poſſible que ſes enfans aient part dans les acquiſitions qu'elle a faites en conſéquence d'une prétendue Communauté continuée, qui n'a jamais exiſté.

Et c'eſt inutilement que l'on diroit que la veuve auroit fait ces acquiſitions du revenu des biens qui auroient été communs ſans ſa renonciation, puiſqu'elle eſt obligée, comme tutrice, d'en rendre un compte très-exact à ſes enfans.

ARTICLE CCXLII.

Comment la Communauté eſt continuée quand le ſurvivant des conjoints ſe remarie.

Si le ſurvivant ſe remarie, ladite Communauté eſt continuée entr'eux pour un tiers, tellement que les enfans ont un tiers, le mari & la femme, chacun un autre tiers. Et ſi chacun d'eux a enfans d'autre précedent mariage, ladite Communauté ſe continue par quart; & eſt ladite Communauté multipliée s'il y avoit d'autres lits, &

ſe partit également ; enſorte que les enfans de chacun mariage ne ſont qu'un chef en ladite Communauté. Le tout au cas qu'ils n'euſſent fait inventaire, comme deſſus eſt dit.

Voyez Beaumanoir, page 111, à la fin; les anciennes Coutumes de Berry, art. 130; l'Auteur du grand Coutumier, livre 2, chapitre 40, p. 260.

ARTICLE CCXLIII.

Quand il y a continuation de Communauté, le ſurvivant des enfans prend autant lui ſeul que tous les enfans enſemble, s'ils vivoient.

Si aucun des enfans qui ont continué la Communauté meurt, ou tous, fors un, les ſurvivans, ou ſurvivant d'iceux enfans continuent ladite Communauté, & prennent autant, que ſi tous leſdits enfans étoient vivans.

C'eſt un principe que toutes les ſucceſſions légales ou teſtamentaires ſont déférées *ſolidairement*. Et de-là vient que la portion répudiée par un cohéritier, *accroît* aux autres cohéritiers qui ont accepté. *Voyez* Duarein, *de jure adcreſcendi*.

Puiſque la part qu'un cohéritier *répudie*, *accroît* aux autres cohéritiers, il s'enſuit que ſi de deux enfans héritiers de leur mere, l'un renonce à la Communauté & reprend quittement & franche-

ment la *moitié* de ce que la défunte y avoit mis, il faut que la Partie de la Communauté *répudiée*, accroiſſe néceſſairement à l'autre qui l'a acceptée.

Que l'on ſuppoſe que la mere défunte ait mis la ſomme de *quarante mille livres* en communauté, celui de ces deux enfans qui aura *renoncé* à la Communauté, reprendra & prélevera *vingt mille livres* quittement & franchement; enſorte qu'il ne reſtera plus dans la Communauté des 40000 liv. qui y avoient été apportées par la mere, que celle de 20000 liv. Et cela étant ainſi ſeroit-il juſte que celui qui a accepté continuât avec ſon pere la Communauté par moitié? Il ſemble que non.

Mais, d'un autre côté, il faut conſidérer que la mere à ſon décès avoit *moitié dans la Communauté;* & que la part de cette moitié *répudiée* ne peut accroître qu'à celui de ſes deux enfans qui a accepté, & non au pere qui n'eſt conjoint ni avec l'un, ni avec l'autre dans cette moitié de leur mere qui leur étoit déférée par la Loi comme héritiers de leur mere.

De ſorte que celui qui *répudie*, prélevant ſur le *total* de la Communauté 20000 livres, il ſe trouve que le pere a, comme auparavant, moitié dans la Communauté; & l'autre enfant qui a accepté, auſſi *moitié* dans la Communauté; & par conſéquent il eſt évident qu'ils auront chacun une part égale dans la Communauté continuée.

Que l'on ſuppoſe à préſent que ces deux enfans, héritiers de leur mere, aient continué la Communauté avec leur pere ſurvivant, & qu'un ſoit enſuite décédé, à qui appartiendra la part qu'il avoit dans la Communauté continuée? Et comme ſa part dans la Communauté ſe trouve

dans la succeſſion, elle devroit appartenir au pere, héritier des meubles & acquêts, ſelon l'article 311; mais cet article, par une diſpoſition ſinguliere, décide le contraire pour punir la négligence du pere.

Selon nos Auteurs, cet article où tous les enfans *ſunt conjuncti re & verbis*, eſt fondé ſur la maxime de droit, *inter conjunctos eſt jus accreſcendi*, ou, pour uſer des termes d'Ulpien, *inter eos qui ſolidum habent ab initio, ſed concurſu partes ſibi faciunt, Leg. 3. D. de uſufructu adcreſcend.* Et cette raiſon a paru à M. Tournet docte & élégante.

Si néanmoins les enfans qui ſont en Communauté avec le ſurvivant de leur pere ou mere, ſont conjoints *re & verbis*, c'eſt ou comme communs & aſſociés de leur chef avec le ſurvivant, ou en qualité d'héritiers du prédécédé.

S'ils ſont conjoints comme communs, ou aſſociés de leur chef, il n'y a point lieu entr'eux au droit d'accroiſſement quand il y en a quelqu'un décédé; car on ne trouvera point dans tout le Droit, qu'*in contractibus ſit jus adcreſcendi. V. Duarenum, lib. 1, de jure adcreſcendi, cap. 15, & Swanemburgium, cap. 8, p. 85.*

Et s'ils ſont conjoints comme héritiers, & du chef du prédécédé, il n'y a point encore lieu à ce droit lorſqu'un d'eux décede, parce que la part qu'avoit l'enfant décédé dans la Communauté continuée, n'eſt point une part délaiſſée ni répudiée; & qu'entre les conjoints *re & verbis*, il n'y a lieu au droit d'accroiſſement, que quand un d'eux ne prend point ſa part, comme il ſe voit dans les deux définitions ſuivantes:

Jus adcreſcendi, eſt ſolidi retentio non concurrente coherede, vel collegatario, vel *eſt jus retinendæ, vel nanſciſcendæ partis ejus qui non con-*

currit, vel concurrere desiit, aut *est jus quo pars unius deficiens accrescit alteri.* Vide *Cujac. ad tit. cod. de caducis tollendis, & Swanemburgium de jure adcrescendi, cap.* 4. Joignez la note sur l'article 310, & sur l'article 240.

Cet article contient donc un nouveau droit opposé au Romain; & comme il ajoute contre les pere & mere une peine à une autre peine; savoir, la perte de la succession des enfans communs, à la continuation de la Communauté, il est odieux, & ne devroit point, ce semble, être étendu, mais la Cour en a autrement décidé.

Par le Droit Romain, ceux que le Prince avoit honorés de quelque don, se succédoient réciproquement; mais c'étoit quand ils n'avoient point d'héritiers, & à l'exclusion du fisc seulement. *Leg. unica, cod. si liberalitatis, lib.* 10, *tit.* 14. *V. Fornerium, lib.* 4, *rerum quotidian. cap.* 7, *p.* 13. Joignez l'art. 263 de la Coutume de Touraine; & Loisel dans ses Institutes, L. 1, tit. 1, reg. 74, 75.

Et prennent autant que si tous les enfans étoient vivans.] En l'année 1687, la question se présenta de savoir à qui la part de l'enfant qui renonçoit à la Communauté continuée, devoit appartenir. Voici l'espece telle qu'elle est proposée dans le Tome second du Journal du Palais, *in-folio*, pag. 695:

Le sieur Chouaine, Garde des Rôles, qui avoit trois filles mineures, fut avec elles en continuation de Communauté, pour n'avoir pas fait inventaire.

En 1644 il maria l'aînée avec M. du Laurens, à qui il donna 150000 liv. de dot.

Deux années après il maria la seconde à M. de Maupeou d'Ableges, à qui il donna une pareille somme,

Et la troiſieme fut mariée, avec ſes droits, à M. Pajot, Conſeiller en la Cour des Aides.

Le ſieur Chouaine étant décédé en 1674, ſes trois filles furent ſes *héritieres*, chacune pour un tiers, *ſous bénéfice d'inventaire.*

En 1677 la dame du Laurens, qui n'avoit pas d'enfans, fit la dame de Maupeou ſa légataire univerſelle, laquelle accepta la continuation de Communauté en cette qualité, & qui y renonça de ſon chef; ce qui donna lieu à la queſtion de ſavoir ſi la feue dame du Laurens ayant ſeule accepté la continuation de communauté par la dame de Maupeou ſa ſœur & ſa légataire univerſelle, ne devoit avoir qu'un *ſixieme* dans la Communauté continuée, ou ſi profitant de l'accroiſſement ordonné par cet article, elle devoit y avoir la moitié par les renonciations de ſes deux ſœurs.

Par Arrêt du 29 Avril, il fut jugé que la dame du Laurens ou la dame de Maupeou ſa légataire univerſelle, ne pouvoit avoir qu'un *ſixieme* dans la Communauté continuée. D'où l'on conclut au Palais, que la part de l'enfant qui renonce à la continuation de communauté, appartient au pere ſurvivant, & non par droit d'accroiſſement aux freres & ſœurs.

Mais ſi l'on fait attention à la diſpoſition de cet article qui ne donne l'accroiſſement qu'aux enfans ſeuls qui ont continué la Communauté, *ſi aucun des enfans* (dit l'article) *qui ont continué la Communauté, meurt, ou tous fors un, les ſurvivans ou ſurvivant d'iceux enfans, continuent ladite Communauté, & prennent autant que ſi tous les enfans eſtoient vivans.* Si l'on fait, dis-je, attention à cette diſpoſition; on trouvera qu'il y avoit de l'abſurdité de demander, dans l'eſpece propoſée, ſi la part des deux filles qui ne con-

tinuoient pas la Communauté, & qui y renonçoient formellement, accroiſſoit ou n'accroiſſoit pas à leur ſœur.

Il faut encore ſe ſouvenir ici de ce qui a été prouvé dans l'obſervation ſur l'article précédent, que pour avoir part en la Communauté continuée, il faut y avoir mis quelque choſe.

Or, l'enfant qui ſe tient à la premiere Communauté, & qui y prend la portion héréditaire qui lui appartient, n'a rien mis dans la Communauté continuée, dans laquelle il n'a pas même été aſſocié, puiſqu'il y renonce.

Et par conſéquent il eſt vrai de dire que ce même enfant n'a jamais eu part dans la continuation de Communauté. De ſorte que dans le fait propoſé ci-deſſus, il y avoit encore une autre abſurdité manifeſte d'agiter la queſtion de ſavoir ſi la prétendue part de chacune des deux ſœurs qui n'avoit point exiſté, puiſqu'elles avoient renoncé à la Communauté continuée, étoit ou n'étoit pas accrue à la dame du Laurens, ou à ſa légataire univerſelle qui la repréſentoit.

Ceci deviendra ſenſible par l'exemple qui ſuit: Que l'on ſuppoſe qu'un pere, après le décès de ſa femme, ait fait un inventaire, mais qu'il ait omis de le faire clorre; ce pere eſt en continuation de Communauté avec ſes enfans mineurs. Que l'on ſuppoſe à préſent que la premiere Communauté ſoit de 60000 livres, & qu'un de ces enfans, que l'on met au nombre de trois, ſe tienne à la premiere Communauté, ſa part dans cette Communauté ſera de 10000 l. & il n'aura rien, comme on l'a dit, dans la ſeconde Communauté, parce qu'il n'y a rien mis & qu'il y a renoncé. Lorſqu'il aura été payé de ſes 10000 liv. la premiere Communauté ne

ſera

sera plus que de 50 mille, dans laquelle le pere a les trois parts; savoir, 30000 livres, & chacun des deux autres enfans une part de 10000 l. ce qui fait en tout 50000 liv. Et si le profit de la Communauté continuée se trouve aussi de 50000 livres, comme elle sera en tout de *cent mille livres*, le pere en aura *soixante mille*, & chacun des deux enfans qui ont demandé la continuation de Communauté, aura 20000 livres, parce que chacun doit avoir part dans le *profit commun*, à proportion de ce qu'il a mis dans le *capital;* & comme le pere y a mis trois parts, il faut qu'il ait trois parts dans le profit, & chaque enfant une part seulement, parce que chacun n'a mis qu'une part dans le capital.

Il y avoit donc double erreur dans le procès qui étoit entre les trois filles du sieur Chouaine.

La *premiere*, en ce qu'on divisoit la Communauté continuée, en *six parts*, au lieu de la diviser en *quatre*, dont une devoit appartenir à la dame de Maupeou comme légataire universelle de la dame du Laurens.

Et la *seconde*, en ce qu'on agitoit mal la question de savoir si des *parts* que la dame de Maupeou de son chef, & la dame de Pajot *n'avoient jamais eues dans la Communauté continuée avec leur pere*, étoient ou n'étoient pas accrues à la part de la dame du Laurens.

De sorte que cet Arrêt, qui n'a décidé aucune *véritable difficulté*, n'a établi aucune Jurisprudence.

Il faut bien remarquer que quand plusieurs enfans ont accepté la continuation de Communauté, ils se succedent à l'exclusion de leur pere ou de leur mere; mais que quand il n'y en a qu'un seul qui a continué, & que les autres ont renoncé, le pere & la mere leur succedent à

tous. Il y a une disposition approchante dans l'article 283 de la Coutume de Touraine.

ARTICLE CCXLIV.

La rente rachetée par l'un des conjoints, est un conquêt.

Quand aucune rente dûë par l'un des conjoints par mariage, ou sur ses héritages paravant leur mariage, est rachetée par lesdits deux conjoints, ou l'un d'eux constant ledit mariage, tel rachat est réputé conquêt.

Anciennement, quand deux conjoints remboursoient une rente qui étoit due par l'un d'eux avant leur mariage, *ils étoient réputés en faire l'acquisition*, la moitié de la rente étoit *éteinte* par la confusion; & à l'égard de *l'autre moitié* acquise par celui des conjoints qui n'en étoit pas le débiteur, le cours en étoit suspendu pendant leur mariage; ensorte que les arrérages de cette moitié ne devoient être payés qu'après la résolution de la Communauté.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 33 p. 221, s'explique ainsi sur ce sujet:

Si deux conjoints par mariage acquierent un héritage qui soit chargé d'aucune rente due par l'un d'eux, laquelle iceux deux conjoints acquiescent elle est confuse tant que le mariage durera; mais après la mort de celui à qui l'héritage étoit, le survivant prendra moitié de la rente acquise durant icelui mariage, car il sortit la premiere nature; & le mari, durant le premier mariage, ne l'eût pu exiger car celui même la devoit, & ainsi étoit débiteur &

créancier. Maintenant le detteur & le créancier sont diverses personnes & le peut bien exiger l'un de l'autre.

Les Coutumes notoires, article 88 : *Si deux conjoints par mariage tiennent une maison ensemble, laquelle est de l'héritage ou du conquêt de l'un d'eux, & laquelle maison est chargée d'aucune rente, & le mari durant le mariage la décharge d'aucune rente, supposé qu'on la puisse dire confuse durant le mariage*, tamen non est incommutabiliter, *car l'un des conjoints trépassé, la rente se divise, la moitié* tantummodo *à celui à qui est la maison, & l'autre moitié au conjoint ou ayant sa cause. Prouvée par Tourbes au Châtelet.*

La Coutume *d'Auxerre*, dans l'article 199 ; & celle de *Sens*, dans l'article 277, ont des dispositions semblables ; ainsi si la rente remboursée étoit hypothéquée aux dettes du créancier qui avoit été remboursé, la moitié qui subsistoit, en la personne du conjoint qui n'en étoit pas le débiteur, étoit toujours hypothéquée à ce même créancier.

Ce droit étoit fondé sur la nature des rentes qui étoient alors *non rachetables*, à moins que la faculté du rachat n'eût été stipulée. De sorte que le *débiteur* qui ne pouvoit être forcé au remboursement, éteignoit moins sa rente qu'il ne l'acquéroit ; ce que Coquille remarque très-bien sur l'article 29 de la Coutume du Nivernois, au Titre *des gens mariés*. Voyez mes notes sur les art. 99, 100 & 101.

Mais toutes nos Coutumes ayant reçu la décision *de la Bulle de Pie V*, qui avoit ordonné qu'à l'avenir *toutes les rentes constituées à prix d'argent seroient toujours rachetables*, on ne peut plus à présent présumer qu'une personne qui a reçu malgré elle le remboursement de sa rente, soit

présumée l'avoir vendue, & que celui qui l'a remboursée, soit présumé l'avoir acquise, ou il faudroit présumer qu'un créancier pourroit être forcé malgré lui de vendre son bien, ce qui seroit de la derniere absurdité; ainsi que les Empereurs l'ont répondu dans la Loi *Nulla 5*, *Cod. de solutionibus. Et de-là vient que la Coutume du Nivernois, dont l'article 29 du Titre* de droits de gens mariés, *dit que si l'un des conjoints avoit vendu son héritage, & sur icelui constitué rente à rachat, auparavant le mariage, & constant ledit mariage, suivant ladite faculté de rachat, ledit héritage ou rente sont rachetables ou recouvrés, l'autre conjoint ne participe point audit héritage chargé, ou rente rachetée & recouvrée ou déchargée, mais sera remboursé pour sa part; & jusqu'audit remboursement ledit conjoint jouira de l'héritage pour telle part qu'il a en la Communauté, sans compter les fruits audit remboursement.*

Que l'on suppose donc qu'une fille, dans le Nivernois, ait apporté en dot un héritage chargé de 1000 liv. de rente au denier vingt, son mari & elle rachetent cette rente; & comme c'est en quelque maniere acquérir que de payer ses dettes & de libérer son héritage, il est évident que l'acquit de cette rente doit être regardé comme une espece de conquêt, & de-là vient que la Coutume du Nivernois décide que le mari survivant ou ses héritiers, en cas qu'il prédécede, jouiront d'une portion de l'héritage, jusqu'à la concurrence des 500 liv. qui sont la moitié de la rente acquittée.

Il faut bien observer ces mots, *Si ledit héritage ou rente sont rachetés ou recouvrés, l'autre conjoint ne participe point audit héritage chargé ou rentes rachetées ou recouvrées, mais sera remboursé pour sa part.* Car si le mari, qui n'est pas le

débiteur originaire de la rente, n'a qu'une simple récompense à espérer ; & si la rente est toute à la femme dont l'héritage est entièrement déchargé, il s'ensuit que la rente est entièrement éteinte.

Il en est à-peu-près de même à *Paris*, suivant cet article ; mais au lieu que dans le *Nivernois* le mari ou ses héritiers ont droit de jouir de l'héritage de la femme, jusqu'à concurrence de la moitié de la rente, ici la femme ou ses héritiers doivent payer aux héritiers du mari ou à lui-même, s'il survit, un revenu qui soit pareil à la moitié de la rente éteinte, ce qui est juste ; car comme la femme profite d'un revenu que l'on suppose, par exemple, au denier *dix-huit*, puisqu'elle ne le paie plus, il est juste que le mari profite aussi d'un revenu au denier *dix-huit*, jusqu'au remboursement. Et ceux qui trouvent qu'il y a en cela de la dureté, n'y entendent rien. Et ainsi voilà un cas où cette somme de deniers peut, en quelque maniere, produire des intérêts plus forts que celui de l'Ordonnance.

De ce que dans le cas proposé la rente est éteinte par le remboursement, il s'ensuit trois choses.

La *premiere*, que le survivant à qui la moitié du rachat est due, peut demander son paiement quand il lui plaît.

La *seconde*, que le revenu qui lui est payé n'étant pas une rente, il n'est point hypothéqué aux dettes du premier créancier remboursé.

Et la *troisieme*, que ce survivant n'étant pas subrogé aux hypotheques du premier créancier acquitté, il doit être exclu sur les biens du conjoint prédécédé par les créanciers antérieurs au mariage, quoique postérieurs à celui qui a été payé.

ARTICLE CCXLV.

L'héritier du conjoint détenteur de l'heritage chargé de la rente, la doit continuer par moitié.

Et eſt tenu l'heritier ou détempteur de l'heritage ſujet à la rente, continuer la moitié de ladite rente, & païer les arrerages du jour du decez, juſques à l'entier rachat.

Si la femme dont la rente a été rachetée pendant le mariage décede la premiere, les héritiers ou le détenteur de l'héritage qui y étoit hypothéqué doivent continuer la moitié de la rente; comme la femme auroit dû la continuer elle-même ſi elle avoit ſurvécu.

Et eſt tenu l'héritier ou détempteur.] Il y avoit peu de difficulté à l'égard de l'héritier, puiſqu'il repréſentoit le défunt débiteur de la moitié de la rente continuée; mais quant au tiers détenteur il pouvoit ſoutenir que l'ancienne rente étant éteinte, le fonds n'étoit point hypothéqué à la nouvelle. Et les Réformateurs ont décidé par cet article, que le détenteur étoit obligé à la continuation de la moitié de la rente. D'où il réſulte que l'intention des Réformateurs a été que le conjoint ou ſes héritiers à qui la continuation de la rente ſeroit due, fuſſent ſubrogés de plein droit aux hypotheques de l'ancienne rente acquittée ou rembourſée.

*

ARTICLE CCXLVI.

Quand la choſe donnée à l'un des conjoints, entre ou n'entre point en Communauté.

Choſe immeuble donnée à l'un des conjoints pendant leur mariage, à la charge qu'elle ſera propre au donataire, ne tombe en Communauté. Mais ſi elle eſt donnée ſimplement à l'un des conjoints, elle eſt commune, fors & excepté les donations faites en ligne directe, leſquels ne tombent point en Communauté.

Choſe immeuble donnée à l'un des conjoints pendant leur mariage, à la charge qu'elle ſera propre au donataire, ne tombe en Communauté, &c.] Pour ſuivre le ſyſtême & les principes des Réformateurs, il faut entendre cet article du don fait d'un immeuble par un étranger à un des conjoints, avec charge qu'elle ſera propre au donataire. Car, ſelon l'article 133, l'immeuble propre, donné ou vendu par un parent lignager à un autre parent lignager, conſervant *ſa qualité* de propre en la perſonne du lignager acheteur ou donataire, il eſt évident que cet immeuble a été acheté par un lignager conjoint, & lui eſt propre pour le tout, en rendant à la femme ſurvivante la moitié du prix; & que s'il a été donné, il appartient pour le tout au donataire, ſans récompenſe, parce que la Communauté n'a rien déboursé.

Ainſi, lorſqu'un teſtateur, qui avoit fait pluſieurs acquiſitions pendant ſa vie, les léguoit à ſon parent héritier préſomptif, on tenoit qu'un tel legs n'entroit pas en Communauté, parce que ces mêmes biens n'auroient pas été communs ſi le conjoint les avoit voulu prendre comme héritier *ab inteſtat.* Et cette Juriſprudence étoit très-juſte & très-réguliere, parce qu'il ſeroit autrement au pouvoir d'un des deux conjoints d'avantager l'autre conjoint, en choiſiſſant une de ces deux qualités, & en répudiant l'autre.

Le 23 Février 1643 il ſe préſenta une queſtion approchante, qui fut de ſavoir ſi *l'héritier préſomptif*, qui avoit opté la qualité de *légataire univerſel*, pouvoit diſpoſer de tous ces biens comme *acquêts*, ou s'il n'en pouvoit diſpoſer que du quint conſidéré comme *propres ?* Et par Arrêt de ce jour, rapporté par Brodeau ſur M. Louet, lettre A, ſommaire 2, n. 16 & 21, la Cour jugea très-bien qu'il en avoit bien diſpoſé, parce qu'un majeur qui a deux qualités à choiſir peut prendre celle qui lui eſt la plus avantageuſe. Il eſt vrai que s'il avoit pris la qualité d'héritier, tous ces immeubles auroient été des propres naiſſans en ſa perſonne; mais étant le maître d'opter, il a répudié le titre d'héritier & il a pris celui de légataire; & par conſéquent les ayant eus non comme parent, mais comme étranger, il avoit uſé de ſon droit en en diſpoſant comme d'acquêts. Ce Jugement ſage & judicieux ne donna aucune atteinte à la diſpoſition de l'article 133 de notre Coutume, qui décide formellement, ſelon l'ancien Droit de la France, que le *propre* acquis d'un lignager par un autre lignager, continue toujours d'être propre en la perſonne de l'acquéreur. Et quoique par cet

Arrêt la queſtion eût été jugée que dans le cas de l'acceptation du legs univerſel, les biens étoient acquêts, la queſtion n'a pas ceſſé de ſavoir s'il étoit au pouvoir d'un des conjoints d'avantager l'autre, en prenant une de ces deux qualités; ce qui eſt traité par Me. le Brun dans ſon liv. 1, chap. 5 *de la Communauté*, n. 16, 17, 18, pag. 115, que le Lecteur peut conſulter.

En l'année 1647 on agita la queſtion de ſavoir ſi le propre vendu ou donné par un lignager à un autre lignager de côté & de ligne, étoit propre ou acquêt; & quoique l'article 133, qui ne fut expliqué ni entendu, décide formellement qu'il eſt propre, par Arrêt du 16 Février de cette même année il fut jugé que c'étoit un *acquêt*; & depuis nos Praticiens, qui aiment les Arrêts, parce que la Juriſprudence en eſt aiſée & n'exige ni méditation, ni étude, ont tenu pour maxime que toute vente ou donation faite par lignager à un autre lignager, changeoit la qualité de l'héritage, & de propre le faiſoit *acquêt*.

Mais il faut conſidérer qu'il y a des principes ſupérieurs qu'on ne peut ſe diſpenſer de ſuivre; ſavoir, qu'il n'y a que le Roi ſeul, qui pour le bien de ſon Etat, puiſſe changer les articles & les diſpoſitions des Coutumes; que les Cours ſupérieures étant dans l'obligation indiſpenſable de s'y conformer, les Arrêts qu'elles rendent, par leſquels elles détruiſent les Coutumes, ſont nuls; & que l'erreur de ceux qui les regardent comme des déciſions, ne peut jamais former un droit ni une Juriſprudence. Ainſi en ſe tenant à la diſpoſition de l'article 133, qui, malgré ce ſeul Arrêt, ſera toujours une Loi inviolable, il faut dire, dans le cas propoſé, que le quint des propres, qui ſera une partie du legs univerſel, ne ceſſera pas d'être propre au légataire univerſel,

& qu'il n'y aura que ce que le défunt avoit acquis qui lui sera *acquêt*, au lieu qu'il lui auroit été propre nécessaire s'il avoit pris la qualité d'héritier en répudiant celle de légataire universel. *Voyez* les notes sur les articles 133, 139, 155.

On pourra demander ici, si ce qui est donné ainsi par un étranger à un des conjoints pour lui être propre, n'a cette qualité que par rapport à la Communauté, & s'il l'a aussi par rapport à la faculté de disposer par testament? *Voyez* ce qu'on a observé ci-dessus sur l'article 93, au titre 3, *quels biens sont meubles & immeubles.*

Fors & excepté les donations faites en ligne directe, lesquels ne tombent point en commun.] Les Réformateurs devoient ici se souvenir de l'article 133, où ils avoient décidé que *si aucune personne acquiert un héritage propre de son parent du côté & ligne dont il est parent, & il vend ledit héritage, tel héritage gît en Retrait.* Et de l'art. 155, où il se devoient dit, *que quand aucun héritage propre est acquis durant & constant le mariage de deux conjoints dont l'un d'iceux est parent lignager du vendeur du côté dont ledit héritage appartenoit audit vendeur, tel héritage, ainsi vendu & acquis, ne gît en retrait durant & constant le mariage. Mais après le trépas de l'un desdits conjoints, la moitié dudit héritage gît en retrait à l'encontre de celui qui n'est lignager ou ses hoirs non lignagers, dans l'an & jour du trépas du premier mourant desdits conjoints, en payant par le retrayant la moitié du sort principal, frais & loyaux-coûts.*

Si l'héritage acquis par vente d'un lignager par un lignager de côté & de ligne, est tellement propre au conjoint acquéreur, qu'après le décès de l'autre conjoint qu'il est à lui tout entier en récompensant les héritiers du conjoint décédé,

de la moitié du prix & des loyaux-coûts ; il s'ensuit que si l'héritage n'a pas été vendu, mais *donné* par un lignager à un autre parent lignager, il est également propre au donataire, qui doit l'avoir tout entier sans rien rendre aux héritiers du conjoint décédé, puisque cet héritage n'a rien coûté à la Communauté.

De sorte que, selon les dispositions de ces articles, il faut tenir pour constant que l'héritage donné par un lignager à un autre lignager, ne tombe point dans la Communauté du conjoint donataire, ainsi que cela est décidé par cet article pour la ligne directe.

TITRE ONZIEME.

DES DOUAIRES.

PEU de gens savent ce que c'est qu'un *Douaire*; quoiqu'il n'y ait rien de si commun, ni de si fréquent qu'un Douaire dans le commerce de la vie.

Tacite *de moribus Germanorum*, écrit que les Allemands ne recevoient point en mariage de dot de leurs femmes, & que c'étoit les maris qui les dotoient. *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert.* Et nos premiers François, qui étoient originaires d'Allemagne, retinrent cette Coutume.

En l'année 524, les Peres du Concile d'Arles ordonnerent, suivant les Loix Romaines, qu'il n'y auroit à l'avenir aucun mariage sans dot, *nullum sine dote fiat conjugium, juxta possibilitatem* fiat dos, *nec sine publicis nuptiis quisquam nubere præsumat.* Voyez la Loi 3, *cod. Th. de nuptiis, & Gratian. Cauſ. 30, Q. 5.*

Ainſi ce fut après ce Concile une néceſſité abſolue aux maris de doter leurs femmes, puiſque c'étoit à eux, ſuivant leurs mœurs, de fournir la dot. Et afin que la conſtitution, qui étoit de l'eſſence du mariage, en fût plus certaine & plus authentique, nos Rois de la ſeconde Race ordonnerent que les maris doteroient leurs femmes, de l'avis des amis communs, & du Curé ou du Prêtre, qui devoit donner la bénédiction nuptiale.

Sancitum eſt ut nuptiæ ab his qui nubere cupiunt fiant, quia ſæpe in nuptiis clam factis, gravia peccata, tam in ſponſis aliorum, quam & in propinquis, ſive adulterinis conjugiis, & quod pejus eſt dicere conſanguineis adcreſcunt, vel adcumulantur. Ex his autem procreari ſolent cæci, claudi, gibbi, & lippi, ſive alii turpibus maculis aſperſi. Et hoc ne deinceps fiat cavendum eſt, ſed prius conveniendus eſt ſacerdos, *in cujus parochia nuptiæ fieri debent in Eccleſia coram populo, & ibi inquirere unà cum populo ipſe Sacerdos debet, ſi ejus propinqua ſit, aut non, aut alterius uxor, vel ſponſa, vel adultera, & ſi licita omnia pariter invenerit*, tunc per conſilium & benedictionem Sacerdotis, & conſultu aliorum bonorum hominum, eam ſponſare & legitime dotare debet, *lib 7, Capitular. cap. 79.*

Ce Capitulaire eſt encore obſervé dans les mariages; & de là vient que cette formule, rapportée par Beaumanoir, & preſcrite par les Rituels, ſe dit à l'Egliſe, en préſence du Prêtre, par le mari qui conſtitue le Douaire à ſa femme. *Je vous doue du douaire dont il a été convenu entre vos parens & les miens, duquel ces deniers ſont la repréſentation.* Où il faut remarquer que dans les bas ſiecles, on a changé, par erreur, l'uſage des deniers que le mari met dans la main de ſa

femme ; car au lieu qu'ils sont à présent la représentation du Douaire, ils étoient autrefois le prix des femmes que les maris achetoient, & au moyen duquel elles passoient sous leur puissance, où elles étoient encore, parce qu'elles n'apportoient rien en mariage ; car comme dit très-bien Plaute *in aulularia, v. 60, act. 3, sc. 5. Quæ indotata est ea in potestate est viri.* Voyez ce qu'on a remarqué sur le Titre 10 *de Communauté.*

Ce qu'on appelle *Douaire* est donc la véritable *dot* des femmes ; car parmi nous elles n'en ont point d'autres ; & si les maris ont la jouissance des biens qu'elles possedent, c'est uniquement par droit de puissance maritale, & en qualité de bailliſtres & de gardiens. *Tibi domum reverso, & pulveri assuescenti multa dedisscenda sunt, nam jure patrio nulla nobis dos, ut illo quidem jure, nulla constituta dotis jura, nullus fundus dotalis, nulla lex Julia, nulla usucapiendi inhabilitas. Mulieris patrimonium sic in bonis ejus est, ut mariti non sit alienabile, commerciale, prescriptibile, quomodo alterius cujuscumque.* Argentreus *in Antiq. Conf. Britanniæ, art. 419, gloss. 1, n. 2.* Joignez Loiseau, *du Déguerpissement*, liv. 2, ch. 4, n. 3, 4, 5, 6, &c. La suite *des Droits de Patronage*, p. 388. *Stiereſgook de jure Suconum & Gothorum vetusto, lib. 2, cap. 1, p. 155, & p. 161 ;* & la note sur l'article 48.

On finira cette observation en remarquant qu'anciennement à Paris, *le Noble ne pouvoit doer sa femme par convenance expresse, outre la moitié de ses biens, & qu'autrement étoit en personne non noble ;* & que par la Coutume, *si mari ne pouvoit doer femme de plus qu'il n'avoit vaillant.* Ce qui devroit être encore pratiqué. *Voyez* des Mares, décision 134 & 218.

ARTICLE CCXLVII.

Le Doüaire eſt dû, quoiqu'il n'ait pas été conſtitué par le mari.

Femme mariée eſt doüée de Doüaire coûtumier, poſé que par exprès au traité de ſon mariage ne lui eût été conſtitué ni octroïé aucun Doüaire.

Des Mares, déciſion 175.

Il réſulte évidemment, des autorités qu'on a rapportées ſur ce titre, qu'anciennement il ne pouvoit y avoir de mariage ſans Douaire; ainſi ce n'étoit point alors une queſtion de ſavoir ſi la femme y pouvoit renoncer. Mais nos Auteurs qui ſe ſont aviſés de former cette difficulté, ont décidé contre l'uſage de neuf ou dix ſiecles, que la femme peut convenir, par ſon contrat de mariage, qu'elle n'aura point de Doüaire, & tel eſt l'uſage. *Voyez Coquille 130.*

Cet article a été fait, parce qu'il y a des lieux où la femme n'a point de Douaire, à moins qu'elle ne l'ait ſtipulé. *Voyez* la Coutume de la Rochelle, article 45; Xaintonge, article 76, &c.

ARTICLE CCXLVIII.

En quoi conſiſte le Doüaire coûtumier.

Doüaire coûtumier eſt de la moitié des heritages, que le mari tient & poſſede au jour des épouſailles, &

benediction nuptiale, & de la moitié des heritages, qui depuis la consommation dudit mariage, & pendant icelui échéent & adviennent en ligne directe audit mari.

Des Mares, décision 215. *Lucius*, *lib. 8*, *placitor. tit.* 2.

Est de la moitié.] En vertu de l'Ordonnance de Philippe Auguste (de l'an 1214.) Depuis il fut réduit au *tiers*, comme il se voit dans le chapitre 13 du livre 1 *des Etablissemens de France*; & enfin il a été remis à la *moitié*. Voyez Coquille, Q. 144, 146, 148, 291.

Des héritages que le mari tient au jour des épousailles & bénédiction nuptiale.] De-là nos Auteurs concluent que le Douaire *est pretium delibatæ pudicitiæ*; & en ce point ils se sont trompés, comme en plusieurs autres.

Les Théologiens & les Canonistes ont fait distinction *inter matrimonium ratum*, *& matrimonium consummatum.*

Ils ont appellé *matrimonium ratum*, celui qui a sa perfection par le consentement des Parties.

Et ils ont appellé *matrimonium consummatum*, celui qui a été consommé par la cohabitation.

Avant cette distinction la femme gagnoit son Douaire à la porte de l'Eglise, où il lui étoit constitué ordinairement.

Mais depuis on agita la question de savoir si la femme devoit gagner son Douaire à l'Eglise, ou au coucher; & l'avis commun fut qu'elle ne le devoit gagner qu'au coucher, ou à la consommation, parce que c'étoit par la consommation que le mariage étoit accompli, & qu'il devenoit indissoluble. Ce qu'on prouvoit par le ch. 2

extr. de converſion. conjug. & par le chapitre *Commiſſum 16*, *ext. de ſponſalibus*, qui permettent à l'un des mariés avant la conſommation, de ſe ſéparer & d'entrer en Religion, ſans le conſentement de l'autre ; & de-là vient que ſelon nos Coutumes, *au coucher*, la femme gagnoit ſon Douaire, & non parce que le Douaire eſt le prix de la virginité, comme on l'a mal écrit juſqu'à préſent, ſans faire attention que les veuves qui ſe remarient ſont douées comme les filles, & que les unes & les autres n'ont cet avantage, que pour s'entretenir honnêtement après le décès de leurs maris, & pour donner à leurs enfans une éducation convenable à leur état. *Dos*, dit Bracton, *eſt id quod liber homo dat ſponſæ ſuæ ad oſtium Eccleſiæ, propter nuptias futuras, & onus matrimonii, & ad ſuſtentationem uxoris & educationem liberorum, cum fuerint procreati ſi vir præmoriatur. lib. 2, cap. 39.* Vide *Nicolaum Henelium de dotalitio, cap. 4, p. 50, 51, 52, &c.*

Aujourd'hui la femme gagne ſon Douaire à la bénédiction nuptiale où il doit lui être conſtitué, & elle en eſt ſaiſie, ſelon l'article 256, quoique ſon mari décede avant la conſommation. Ce qu'il faut néanmoins entendre, pourvu que l'intention des Parties ait été de conſommer leur mariage, car ſi immédiatement après la bénédiction, le mari ou la femme s'étoient ſéparés dans la réſolution d'entrer en Religion, la femme n'auroit point de Douaire en cas de prédécès du mari, parce qu'ils ſe ſeroient déſunis avant la perfection entiere de leur mariage. Et dans ce cas l'ancien droit auroit encore lieu.

A l'égard de l'hypotheque, ſi le Douaire eſt coutumier, elle eſt du jour de la bénédiction ; & ſi le Douaire eſt conventionnel, l'hypotheque eſt du jour du contrat.

Et de la moitié des héritages qui depuis la consommation dudit mariage, & pendant icelui échéent & adviennent en ligne directe au mari.] Cet article décide formellement que le Douaire eſt augmenté par ce qui échet au mari en ligne directe pendant le mariage, d'où il s'enſuit que ce qui échet au mari après la diſſolution du mariage, n'augmente point le Douaire.

Les Commentateurs citent néanmoins quelques Arrêts qui ont jugé que les biens échus au mari en ligne directe, après le décès de ſa femme, étoient encore ſujets au Douaire coutumier en faveur des enfans. Mais ces Arrêts ont été certainement rendus ſur des circonſtances particulieres, & par conſéquent on ne les doit point tirer à conſéquence contre la diſpoſition préciſe de cet article, ni établir deſſus une Juriſprudence nouvelle, qui ſeroit trop avantageuſe aux enfans des premiers lits, & pernicieuſe aux enfans des autres mariages. *Voyez* la note ſur l'article 253, & M. le Prêtre, Centur. 3, ch. 72, &c.

En ligne directe au mari,] deſcendante, & non pas aſcendante. *Voyez* l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 29, p. 203.

C'eſt une regle certaine que celui qui poſſede une choſe, *à titre particulier*, ne contribue pas au paiement des dettes de celui à qui il a ſuccédé ; ainſi celui à qui l'uſufruit d'une terre a été légué, n'eſt pas tenu réguliérement de contribuer au paiement des dettes du défunt, ſi ce n'eſt hypothéquairement, auquel cas il a ſon recours contre l'héritier. *Lege ſi res obligata.* Dig. *de legatis primo. Lege Prædia, Codice de fideicommiſſis.* Voyez ci-après l'article 354, & ce qu'on y a remarqué.

La femme à qui le Douaire coutumier eſt

accordé en étant donataire, elle poſſede à titre particulier, & ainſi elle doit jouir comme donataire de ſon uſufruit, ſans contribuer au paiement des dettes de ſon mari. Ce qu'il faut entendre des dettes *perſonnelles ;* car quant aux dettes réelles, comme elles ſont des charges des fonds, elle ne peut jouir de ſon Douaire ſans les payer. *Vide Cenſium de cenſibus*, queſtion 79, nomb. 2, p. 211 de l'édition de 1676.

Nos Juriſconſultes agitent la queſtion de ſavoir ſi l'uſufruitier eſt tenu de payer *les rentes conſtituées à prix d'argent* & aſſignées ſur *le fonds dont il jouit*, & les ſentimens ont été partagés.

Vincentius Carocius de locato conducto, *tit. de Uſufructu*, Q. 16. *Joannes del Caſtello de Uſufructu*, cap. 57, n. 14; & *Velaſquez de Avenduno de cenſibus*, ont ſoutenu que l'uſufruitier en étoit tenu.

Menochius, dans ſon Conſeil 997, lib. 10. *Felicianus de ſolis de cenſibus*, *Joannes-Baptiſta Coſta de ratione ratæ*, Q. 72. *Gaſpardus Rodericus de annuis reditibus*, lib. 2, q. 1, n. 6. *Et Cenſius de cenſibus*, *q. 79*, ont ſoutenu que c'étoit à l'héritier de les payer & d'en acquitter l'uſufruitier.

Et comme par notre ancien droit les rentes conſtituées, alors non rachetables de leur nature, étoient des charges réelles impoſées ſur les fonds dont elles étoient tellement réputées faire partie, qu'on en faiſoit foi & hommage quand elles étoient impoſées ſur des fiefs, & qu'on en prenoit ſaiſine quand elles étoient impoſées ſur des héritages en roture, il n'y a nulle difficulté qu'alors elles devoient être portées par l'uſufruitier, ſuivant l'avis de *Carocius*, & de ceux qui ont ſuivi ſon parti.

Les choſes ſeroient encore ainſi à préſent à

l'égard de la femme, les rentes constituées à prix d'argent étant des dettes personnelles, si le mari lui avoit donné expressément en Douaire *la moitié de sa terre ;* mais s'il s'est marié simplement, suivant la Coutume, la question est de savoir si l'intention de la Coutume a été de donner à la femme pour son douaire, l'usufruit de la moitié des héritages de son mari, libres, affranchis de dettes, ou si son intention a été que les dettes diminuassent le Douaire, & qu'elle ne le prit que sur ce qui resteroit de biens immeubles à son mari, ses dettes prélevées.

Que l'on suppose qu'un homme qui s'est marié sans biens, & sans avoir fait de contrat de mariage, ait eu de la succession de son pere une terre de *soixante mille livres*, chargée de *trente mille livres* de dettes hypothéquaires exigibles, il est indubitable que la femme aura son Douaire coutumier sur cette terre ; mais on demande quel sera ce Douaire ? s'il sera de l'usufruit de la *moitié* de la terre ou du *quart ?*

Si l'on dit qu'il sera de l'usufruit de la *moitié*, il arrivera que la femme aura pour Douaire *tout le bien de son mari*, contre l'intention de la Coutume qui ne lui en donne que la moitié, & contre l'ancien usage, suivant lequel le Douaire étoit nul, quand il excédoit la moitié des biens du mari, suivant Jean des Mares ; & suivant Loisel dans ses *Institutes*, liv. 1. Et comme c'est une maxime que *non intelliguntur bona nisi deducto ære alieno*, le mieux seroit peut-être de dire que la femme n'aura pour Douaire que *l'usufruit du quart* de la terre. Il en doit être de même quand le mari doit plusieurs sommes par des obligations contractées avant son mariage, ou par des constitutions de rentes. Car à cet égard, dans les bonnes regles, il n'y a nulle différence à faire.

On ſait cependant que l'uſage eſt contraire à cette réſolution ; mais il faut auſſi convenir que l'uſage eſt contraire aux principes, & qu'ainſi il doit être réformé, comme de Renuſſon en convient très-bien.

ARTICLE CCXLIX.

Les pere & mere ne peuvent vendre ni engager le Doüaire au préjudice des enfans.

Le Doüaire coûtumier de la femme, eſt le propre heritage des enfans venans dudit mariage, en telle maniere que les pere & mere deſdits enfans, dès l'inſtant de leur mariage, ne le peuvent vendre, engager ne hypothequer au préjudice de leurs enfans.

Des Mares, déciſion 217. L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 33, p. 220, lig. 4; les Antiquités de Paris, liv. 4, p. 1125 de l'édition de 1612.

Ne le peuvent vendre, engager ni hypothéquer.] Ainſi s'ils vendent l'héritage chargé du Douaire, l'aliénation eſt nulle, & les enfans après la mort du pere, peuvent le revendiquer ſans que l'acquéreur puiſſe oppoſer la preſcription de dix & de vingt années, par la raiſon de droit que *agere non valenti non currit preſcriptio.*

Mais ſi le *premier* acquéreur vend l'héritage à un *ſecond* qui ſoit en bonne foi, ce ſecond acquéreur pourra-t-il preſcrire par dix années entre préſens, & vingt années entre abſens? Il ſemble que oui, puiſque outre le temps, cet acquéreur

a titre & bonne foi; & tel eſt l'avis de *Balbus* dans ſon Traité *de preſcriptionibus, quinta parte 5 partis principalis, quæſt. 4 & 5;* & tel a été l'avis de Barthole *ad Legem filius familias*, §. *Divi, Digeſtis de Legatis 2;* Paul de Caſtre *ad ſi* §. *finali communia de legatis;* Accurſe, Auteur de la Gloſe ſur la Loi 2, au Code *de uſucapionibus pro emptore;* Barthole ſur la Loi *Ubi*, *Digeſtis de uſucapionibus & Joſon in auth. res quæ Codice communia de Legatis*, ont été d'avis que le ſecond acquéreur ne pouvoit pas preſcrire. Ce qui eſt ſenſible dans l'eſpece d'un mineur dont les biens ont été mal vendus, & contre lequel le ſecond acquéreur, comme le premier, ne peut pas preſcrire. *Vide Guillelmum de Cuneo ad Leg. 2, Cod. de uſucapionibus pro emptore.*

Le mieux eſt donc de dire, dans le cas propoſé, que le ſecond acquéreur, comme le premier, ne peut preſcrire le Douaire; & cette déciſion doit être étendue à la légitime, au cas que le donataire ait vendu à un tiers les biens qui en ſont chargés. *Voyez* Riccard *des Donations*, partie 3, n. 1005; & le Brun, *des Succeſſions*, liv. 2, chap. 3, ſect. 12, p. 280.

Au préjudice de leurs enfans.] Il s'enſuit de-là que les pere & mere le peuvent vendre, engager & hypothéquer à leur préjudice, & que la vente, l'engagement & l'hypotheque en doivent valoir, quand les enfans majeurs y ont donné leur conſentement. S'ils ſe portent héritiers de leur pere, la vente en eſt encore bonne, ainſi que l'hypotheque & l'engagement, ſauf l'uſufruit de la mere, ſi elle n'a point eu de part à l'engagement ou la vente. *Voyez la note ſur l'article 254.*

ARTICLE CCL.

Le Douaire appartient aux enfans ſans païer aucunes dettes, & il ſe diviſe entr'eux ſans prérogative d'aîneſſe.

Si les enfans venans dudit mariage ne ſe portent heritiers de leur pere, & s'abſtiennent de prendre ſa ſucceſſion, en ce cas ledit Doüaire appartient auſdits enfans purement & ſimplement, ſans païer aucunes dettes procedantes du fait de leur pere, créées depuis ledit mariage. Et ſe partit le Doüaire, ſoit prefix ou coûtumier, entr'eux, ſans droit d'aîneſſe ou prérogative.

Sans païer aucunes dettes ;] même ſans rendre aux créanciers les impenſes utiles que le pere a fait de leur argent dans l'héritage ſujet au Douaire. C'eſt l'avis de Tournet & des Commentateurs qui citent un Arrêt du 7 Septembre 1601, qui l'a, diſent-ils, ainſi jugé. Mais M. Bouguier qui rapporte cet Arrêt ſur la lettre D, n. 18, remarque que les deniers n'avoient point été donnés au pere par les créanciers pour refaire la maiſon qui étoit ſujette au Douaire coutumier, & qu'il n'y avoit point de quittances d'emploi ; de ſorte que n'y ayant point de preuve que la maiſon eût été réparée de leurs deniers, la Cour, avec raiſon, ne leur accorda pas la diſtraction qu'ils demandoient, au lieu qu'ils l'auroient infailliblement obtenue s'ils avoient mieux pris leur

sûreté, parce qu'il auroit été certain que leur argent auroit servi à augmenter le Douaire, & que dans cette certitude les Douairiers n'auroient pu avec justice ne leur en pas tenir compte.

Et se partit le Douaire, soit préfix ou coutumier entr'eux, sans droit d'aîneſſe ou prérogative,] parce que les enfans qui renoncent à la succession de leur pere, prennent le Douaire *jure contractus;* comme il fut jugé par Arrêt du premier Février de l'an 1492, rapporté dans les Preuves de l'Hiſtoire de Montmorency, liv. 4, chap. 2, p. 108.

ARTICLE CCLI.

On ne peut être Heritier & Doüairier.

Nul ne peut être Heritier & Doüairier enſemble pour le regard du Doüaire coûtumier ou prefix.

Si l'on en croit Tournet, la raiſon de cet article eſt que le *Douairier* eſt *créancier* du pere, & que par cette raiſon il ne peut être ſon héritier ſans *confuſion* de ſa dette, ainſi qu'il a, dit-il, été jugé par pluſieurs Arrêts, entr'autres par un du 5 Avril 1562, & par un autre du 5 Avril 1591.

Cette raiſon, qui eſt approuvée de nos autres Commentateurs, n'eſt vraie que quand celui qui pourroit ſeul demander un Douaire, ſeroit auſſi ſeul héritier, car dans ce cas ce ſeroit contre lui-même qu'il ſeroit obligé d'agir pour le demander, enſorte qu'il ſeroit créancier & débiteur de lui-même, ce qui eſt impoſſible, comme Tournet l'a très-bien dit.

Mais quand il y a des enfans de différens lits, *héritiers* de leur pere, & qui ont des *Douaires* différens, cette raiſon ceſſe, parce qu'en droit le cohéritier, qui eſt créancier du défunt, ne confond ſa dette active, que pour ſa portion *virile*, & non pour la *part de ſes cohéritiers.*

Un homme, par exemple, qui a 60000 liv. de bien, laiſſe trois enfans, dont l'aîné ſeul du premier lit ſe trouve créancier de la ſomme de 30000 liv. à cauſe de la dot de ſa mere.

Ces trois enfans ſe portent *héritiers ;* l'aîné, créancier de ces 30000 livres, les confondra-t-il pour le tout? Nullement; mais ſeulement pour la part dont il eſt héritier, c'eſt-à-dire pour un tiers. Ainſi, en prélevant, il aura, comme héritier de ſon pere, 20000 liv. dont il en confondra 10 mille comme créancier du chef de ſa mere, & recevant enſuite 10000 liv. de chacun de ces deux freres, leſquelles jointes, ſont 20000 livres, il aura en tout 40000 livres, ſavoir 20000 liv. comme héritier de ſon pere, ſur leſquelles il confondra 10000 livres, & 20000 liv. comme créancier du chef de ſa mere; & chacun de ſes deux freres du ſecond lit n'aura que 10000 liv. comme héritier du pere commun.

Que l'on ſuppoſe à préſent qu'un pere laiſſe en mourant 60000 liv. de bien avec trois enfans *héritiers*, l'un du premier lit, & les deux autres du ſecond lit, & que l'on ſuppoſe encore que le *Douaire* de l'enfant du premier lit ſoit de 30000 livres, & le Douaire de ceux du ſecond lit de 15000 liv.

Si l'on admet la raiſon de Tournet, il faudra dire néceſſairement dans ce cas, que le fils du premier lit, quoiqu'héritier, commencera, comme créancier de ſon Douaire, par prélever ſes 30000 livres, & qu'enſuite les enfans du ſecond

lit

lit préleveront leurs 15000 livres, ce qui sera en tout 45000 livres; & partageant ensuite également les 15000 liv. qui composeront la succession de leur pere, ils en auront chacun 5000 l. Ensorte que l'aîné aura 35000 livres, contre chacun de ses puînés, en tout 12500 livres; ce qui sera manifestement injuste, & contre l'intention de la Coutume, dans les articles 302, 303 & 304, qui portent que,

Les enfans héritiers d'un défunt, viennent également à sa succession.

Que les pere & mere ne peuvent par donation faite entre-vifs, par testament & ordonnance de derniere volonté, ou autrement en maniere quelconque, avantager leurs enfans venans à leur succession, l'un plus que l'autre.

Et que les enfans venans à la succession de pere & de mere, doivent rapporter tout ce qui leur a été donné, pour, avec les autres biens de ladite succession, être mis en partage entr'eux ou moins prendre.

C'est de ces trois articles qu'il faut tirer l'explication ou la raison de celui-ci:

Qu'est-ce qu'un Douaire? Selon Loisel dans ses *Institutes*, livre 1, tit. 3, art. 23, c'est *une légitime prise par les enfans sur les biens de leur pere, par le moyen & le bénéfice de leur mere.*

Tout *Douaire* est donc dans son principe *un don* ou *une libéralité* qui est faite par le mari & le pere, en usufruit, à sa femme, & en propriété à ses enfans, pour leur tenir lieu de légitime.

Or, suivant ces articles, nul enfant ne peut être *héritier & donataire* de ses pere & mere; & par conséquent nul enfant ne peut être aussi *héritier & douairier*; ce qui est sans difficulté. *Joignez l'article 300.*

On a demandé si l'héritier, *sous bénéfice d'in-*

ventaire, pouvoit, *en y renonçant*, revenir au *Douaire?* Nos anciens Commentateurs sur cet article, comme Charondas, Tronçon, Riccard, Brodeau sur M. Louet, lettre H, sommaire 13, n. 3, & Tournet, ont été d'avis que *l'héritier bénéficiaire* ne pouvoit être *douairier;* & entre les nouveaux, Auzannet a été de ce sentiment. *Voyez* Bacquet *des Droits de Justice*, chap. 15, n. 32, 33, 34, &c.

La raison que Tournet en donne, est que *aditione hereditatis fit confusio obligationis. Lege debitore. Lege Uranius. Dig de fidejussoribus.* Que les qualités d'héritier & de douairier sont incompatibles; que le Douairier est créancier du pere, *& par ainsi ne peut être son héritier, & qu'il a été ainsi jugé contre l'héritier sous bénéfice d'inventaire, par Arrêt du 9 Août 1591.* Mais cette raison ne vaut rien.

Le bénéfice d'inventaire introduit par Justinien, ne consiste qu'en deux chefs, comme Bacquet & Me. Auzannet le remarquent.

Le *premier*, en ce que l'héritier n'est tenu des dettes du défunt, que jusqu'à concurrence des biens contenus dans son inventaire, s'il est fidele.

Et le *second*, en ce qu'il ne fait pas confusion des sommes que le défunt lui devoit; de sorte que si l'enfant, héritier bénéficiaire de son pere, étoit aussi créancier de son Douaire, il s'ensuit, contre Tournet, qu'il ne le confondroit pas.

On doit savoir que tout enfant est créancier envers son pere, ou de son *Douaire* ou de sa *légitime*, au défaut de sa portion héréditaire, mais que ces créances sont incertaines, jusqu'à ce qu'il ait pris qualité en majorité.

S'il prend la qualité d'héritier, il est *créancier de sa légitime*, qui est la moitié de ce qu'il auroit eu *ab intestat*, si son pere n'avoit pas disposé de

son bien par des donations ; & comme le majeur qui a pris une qualité ne peut plus varier, il n'a plus de *Douaire* à demander. S'il renonce à la succession de son pere, il est *créancier de son Douaire*, & ne peut plus être, ni héritier, ni légitimaire. Or comme il n'est pas *creancier de sa légitime, s'il renonce à la succession de son pere, il n'est pas aussi créancier de son Douaire, s'il est son héritier, même sous bénéfice d'inventaire;* ensorte qu'il est manifestement contre le bon sens d'agiter la question de savoir si cet héritier qui n'est pas créancier de son Douaire, en fait la confusion, ou s'il ne la fait pas.

Mais, dira-t on, n'est-il pas des maximes que l'héritier, sous bénéfice d'inventaire, peut renoncer ? On répond qu'il peut renoncer à *l'administration des biens de la succession qu'il a acceptee, si elle lui est onéreuse ;* mais qu'il ne peut renoncer à la *qualité d'héritier* qui lui demeure toujours ; & de-là vient que, quoiqu'il ait renoncé, il est obligé au rapport envers ses cohéritiers, & que s'il reste quelque bien, les dettes payées, le surplus lui doit appartenir, & non au fisc.

Les Praticiens, qui ne raisonnent jamais par principes, soutiennent que *l'héritier bénéficiaire* ne peut être *Douairier* par rapport à ses cohéritiers, mais qu'il peut être *Douairier* par rapport à des étrangers, suivant deux Arrêts, dont un est au Tome II, *in-folio*, du Journal du Palais, p. 302; & l'autre rapporté par Me. Augeart dans son *Recueil d'Arrêts*, Tome II, chap. 31, pag. 340, sans faire attention que ce qui est impossible par rapport aux uns, le doit être également par rapport aux autres.

Celui qui se porte héritier contracte tacitement avec les créanciers du défunt & avec ses

légataires, §. *heres. Institutionibus. De obligationibus quæ ex quasi contractu.*

Or il n'est pas au pouvoir d'un débiteur de se liberer quand il lui plait, sans payer son créancier.

Et par conséquent il n'est pas au pouvoir de l'héritier, quel qu'il soit, de renoncer à la succession qu'il a acceptée malgré les créanciers & les légataires.

D'ailleurs quand un héritier, quel qu'il soit, a une fois accepté une succession, cette succession cesse d'exister, & les biens qui la composoient deviennent les biens de l'héritier.

Or il n'est pas au pouvoir de l'héritier de faire revivre, en renonçant, une succession qui n'est plus.

Et par conséquent il n'est pas au pouvoir d'un héritier de répudier la succession qu'il a acceptée à l'effet de n'être plus héritier. D'où il résulte que celui qui est une fois héritier ne peut jamais cesser de l'être, quand même il seroit héritier sous bénéfice d'inventaire. *Vide Jacob. Gothof. ad Leg. 77, de regulis juris, p. 345, in fine.*

Mais, dira-t-on, l'héritier bénéficiaire n'est-il pas tous les jours admis à renoncer, en rendant compte aux créanciers ?

On répond qu'il est admis à renoncer, comme on l'a dit, à *l'administration des biens* qu'il a eus du défunt ; mais qu'il n'est pas admis à renoncer à la *succession*, parce qu'il n'est pas possible de renoncer à une succession qui n'est plus, à l'effet de la faire revivre. De sorte que dans ce cas le curateur qui est donné, est mal *appellé curateur à la succession vacante*, devant être nommé curateur *aux biens vacans*, comme dans les articles 151, 152. *Vide Antonium Fabrum,*

lib. 17, conjectur. cap. 2, n. 5, p. 616; & Chiſeum, libro 1, interpretationum, cap. 13, n. 19, cap. 7. n. 4, & cap. 25, n. 8.

ARTICLE CCLII.

Celui qui veut avoir le Doüaire, doit reſtituer les avantages qu'il a reçûs.

Celuï qui veut avoir le Doüaire doit rendre & reſtituer ce qu'il a eu & reçû en mariage & autres avantages de ſon pere, ou moins prendre ſur le Doüaire.

Le Douaire eſt une eſpece de légitime donnée aux enfans ſur les biens de leur pere. Pour l'avoir, il faut donc que les enfans n'aient rien eu de leur pere; & ainſi tout ce qui s'impute ſur la légitime, s'impute auſſi ſur le Douaire: ce qui ne reçoit aucune difficulté, quand les enfans qui prennent le Douaire n'ont plus de mere.

ARTICLE CCLIII.

Du Doüaire coûtumier quand il y a des enfans de pluſieurs lits.

Quand le pere a été marié pluſieurs fois, le Doüaire coûtumier des enfans du premier lit, eſt la moitié des immeubles qu'il avoit lors dudit premier mariage, & qui lui ſont advenus pendant icelui mariage en ligne directe: & le Doüaire coûtumier des enfans du ſe-

cond lit, eſt le quart deſdits immeubles; enſemble moitié, tant de la portion des conquêts appartenans au mari, faits pendant ledit premier mariage, que des acquêts par lui faits depuis la diſſolution dudit premier mariage, juſqu'au jour de la conſommation du ſecond, & la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne directe pendant ledit ſecond mariage, & ainſi conſéquemment des autres mariages.

Et la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne directe pendant ledit ſecond mariage.] Cette diſpoſition eſt conforme à l'ancien droit de la France. *Voyez* l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 29, p. 202, 203.

Selon cet article, les enfans du premier lit ont pour Douaire la moitié des immeubles échus en ligne directe pendant le premier mariage; & les enfans du ſecond lit, la moitié des immeubles échus en ligne directe pendant le ſecond mariage: mais s'il étoit échu au pere des immeubles en ligne directe dans l'intervalle des deux mariages, la queſtion eſt de ſavoir ſi ces différens enfans y auront tous leur Douaire. Le Douaire eſt une portion des biens du pere, acquis aux enfans par la mere, ou pour mieux dire, c'eſt la dot conſtituée à la femme par le mari, dont la propriété eſt donnée aux enfans par la Loi. Le Douaire étant tranſmis aux enfans par les meres, il eſt évident que ce qui échet en ligne directe au mari, après le décès de ſa femme, ne peut plus être ſujet au Douaire envers les enfans, parce que les enfans n'ont plus

de mere, par qui le Douaire leur puiſſe être acquis ſur ces biens; & par conſéquent ce qui advient au mari en ligne directe, après le décès de ſa premiere femme, ne doit être affecté qu'au Douaire de la ſeconde, & des enfans du ſecond lit. Joignez la note ſur l'art. 248, & Coquille, Q. 152.

ARTICLE CCLIV.

Le Doüaire coûtumier n'eſt point augmenté par le decez des enfans du premier lit.

Si les enfans du premier mariage meurent avant leur pere pendant le ſecond mariage, la veuve & autres enfans dudit ſecond mariage les ſurvivans, n'ont que tel Doüaire qu'ils euſſent eu, ſi les enfans dudit premier mariage étoient vivans. Tellement que par la mort des enfans dudit premier mariage, le Doüaire de la femme & enfans dudit ſecond mariage, n'eſt augmenté, & ainſi conſéquemment des autres mariages.

N'eſt augmenté.] La raiſon eſt que les enfans prennent le Doüaire *jure contractûs*, *non jure ſucceſſionis*, & que dans les contrats il n'y a point de lieu au droit d'accroiſſement. *Voyez* la note ſur l'article 243, 250; & du Molin ſur l'art. 112 de la Coutume de Valois.

ARTICLE CCLV.

Le Doüaire prefix eſt le propre heritage des enfans.

Le Doüaire conſtitué par le mari, ſes parens, ou autres de par lui, eſt le propre heritage aux enfans iſſus dudit mariage, pour d'icelui jouir après le trepas de pere & mere, incontinent que Doüaire a lieu.

Voyez la note ſur l'article 249; l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 40, p. 261; Papon, liv. 21, *Arreſt. num. 18.*

Le Doüaire conſtitué par le mari, eſt le propre héritage aux enfans.] C'eſt-à-dire, que les enfans ſont propriétaires du Douaire préfix, comme du coutumier, pendant la vie de leur pere & mere, quoiqu'ils n'en doivent avoir la jouiſſance qu'après le décès des pere & mere.

Non ſeulement les enfans ont la propriété du Douaire préfix, mais le Douaire préfix leur eſt encore propre de ligne; à moins toutefois qu'il ne ſoit d'une ſomme de deniers. Car, ſuivant l'article 259, *Doüaire d'une ſomme de deniers pour une fois païer, venuë aux enfans, eſt réputé mobilier, & perd la nature de Doüaire, & y ſuccedent les plus proches héritiers mobiliaires.*

Si les enfans douairiers prennent un héritage de la ſucceſſion de leur pere, pour le Douaire qui leur eſt dû en argent, cet héritage leur ſera-t-il propre, ou acquêt? Quelques-uns de nos Auteurs décident qu'il ſera acquêt; mais il eſt difficile de concilier cet avis avec l'article 26,

à la fin, & avec les Arrêts qui l'ont interprété. *Voyez M. Riccard sur ce même article.*

Pour d'icelui jouir après le trépas de pere & de mere.] Le Douaire étant introduit pour subvenir à la nourriture des veuves, & à l'éducation des enfans, la disposition de cet article devroit, ce semble, être étendue à la mort civile. Il y a néanmoins des Arrêts qui ont jugé que la femme du vivant de son mari, mort civilement, ne pouvoit point demander de Douaire, mais seulement se faire adjuger une pension ou provision sur ses biens. *Voyez M. Tournet.*

Incontinent que Douaire a lieu.] C'est-à-dire, incontinent que les enfans ont renoncé à la succession de leur pere, & se sont tenus au Douaire de leur mere prédécédée; car le Douaire n'a lieu, & n'appartient aux enfans que quand ils se sont abstenus de la succession de leur pere, selon l'article 250; ces mots ne sont donc pas inutiles, comme un de nos Auteurs l'a écrit.

On demande si le Douaire préfix peut excéder le coutumier? Et aujourd'hui il faut dire qu'il le peut; ce qu'il ne pouvoit autrefois. *Voyez* des Mares, décision 218.

Mais il faut tenir pour constant qu'il n'est pas possible qu'il excede les biens du mari. Et tel étoit anciennement l'usage à Paris. *Voyez* des Mares, décision 237.

On peut faire deux questions en interprétation de cet article. La *premiere* est de savoir *si le Douaire préfix est rachetable?*

Brodeau, dans son Recueil d'Arrêts sur M. Louet, qui est un magasin de décisions pour & contre, rapporte deux Arrêts qui ont décidé cette question.

Le *premier*, du 26 Avril 1597, par lequel il a été jugé que *le Douaire préfix, constitué en rente*,

étoit rachetable au denier quinze, & que le rachat en seroit pris sur le prix de décret.

Et le *second*, du 24 Mars 1614, confirmatif d'une Sentence du Bailli de Senlis, par laquelle il avoit été jugé *qu'un Douaire* préfix *étoit non rachetable.*

Comme ces deux Arrêts sont diamétralement opposés, il faut nécessairement revenir aux principes, qui valent infiniment mieux que de telles autorités, puisque les autorités ne sont bonnes ou mauvaises qu'autant qu'elles sont conformes ou opposées aux principes.

Quand les rentes constituées à prix d'argent furent reçues dans le commerce, il y a quatre ou cinq cens ans, la question fut de savoir si elles pourroient être rachetées.

Et comme ce qui est vendu, *sans faculté de rachat*, est aliéné à perpétuité, on décida qu'une rente constituée à prix d'argent, qui n'est autre chose qu'un revenu annuel, vendu & acheté, étoit aliéné à perpétuité, & par conséquent *non rachetable*, à moins que la faculté de racheter n'eût été stipulée; & quand elle avoit été stipulée, on décida que cette faculté se prescrivoit par trente années, comme l'article 120 le décide encore à l'égard des rentes foncieres.

Les rentes, constituées à prix d'argent, furent par cette raison *non rachetables* dans toute l'Europe, comme on l'a dit sur les articles 99, 100 & 101; mais comme ceux qui en étoient les débiteurs laissoient dépérir leurs biens & tomber leurs maisons, parce que tout le profit en étoit pour les créanciers seuls, qui ne contribuoient point aux charges, nos Rois ordonnerent que toutes les rentes constituées & assignées sur les maisons des Villes, seroient rachetables à perpétuité; & enfin le Pape Pie V, par sa Bulle de

l'an 1568 qu'il fit à la sollicitation du Docteur *Navarre*, ordonna que *toutes rentes constituées à prix d'argent, pourroient être rachetées à perpétuité*, sans qu'on pût jamais opposer de prescription. *Voyez la note sur l'article 100.*

Quand les rentes furent ainsi déclarées *rachetables*, elles furent plus suspectes d'usure qu'auparavant, parce que la faculté de rachat perpétuelle, apposée dans un contrat de vente, fait souvent que la vente est considérée comme un *engagement* ou un *mort-gage*.

Mais comme cette faculté étoit donnée, non par les *creanciers*, mais par les *Loix*, les rentes ne cessèrent pas d'être regardées comme justes & légitimes, parce que, comme dit Gerson, *Lex humana statuens nullos reditus posse vendi, nisi cum facultate redimendi, non facit, quod contractus aliunde licitus, sit usurarius, aut solum pignoratitius, aut quod in redemptione debeat fieri fructuum perceptorum deductio. Ponamus itaque reditum, vel fundum perpetuum, quem prius licebat emere, pro mille Francis. Accedat lex dans in contracta simili facultatem redimendi, quâ non obstante datur simile pretium, imò forte majus. Qualis quæso possit in hoc casu, esse ratio contractus usurarii, aut quod in redemptione percepti fructus debeant deduci, plusquam si in priore casu fieret venditio redituum perpetuorum post perceptionem fructuum decem aut viginti annorum.*

Non est æstimandum, quod legislator aliquis, sit princeps, sit communitas, sit prælatus, vellet tali modo contractus reddere usurarios, & claudere viam hominibus, præsertim Ecclesiasticis, quod non possent uti rebus suis, nec habere sufficientem pro Dei servitio celebrando sustentationem, alioquin lex esset nedum stulta, sed impia, nequam, & sacrilegia, ex consequenti per Papam, & Ecclesiam, cum omni

severitate tollenda. Sed non est ita præsumendum de Legislatoribus, & intentione sua, quin vellent etiam quandoque, minus pretium dari, vel statui, propter illam facultatem redimendi, &c. Gerson, *de contractibus, propositione 19.*

Or, puisqu'avant la Bulle de *Pie V*, toutes les rentes constituées à prix d'argent, & vendues purement & simplement, étoient *non rachetables*, il s'ensuit que les *Douaires préfix*, que les maris donnent & constituent en rentes à leurs femmes & à leurs enfans, doivent aussi être *non rachetables*, parce que celui qui *donne* un revenu annuel sur ses biens, sans faculté de rachat, n'aliene pas moins ce revenu à perpétuité que celui qui le *vend.* Et c'est en vain que l'on voudroit étendre la disposition de la Bulle de *Pie V*, aux *Douaires préfix*, parce que dans ces Douaires, n'y ayant point d'argent déboursé pour leur constitution, il ne peut jamais y avoir aucune suspicion d'usure.

Mais, d'un autre côté, si pour le bien public on a été obligé de déclarer toutes *les rentes constituées à prix* d'argent, *rachetables à perpétuité;* car à la réformation de toutes nos Coutumes, on a reçu par-tout la Bulle de *Pie V*, il y a d'autant plus de raison de déclarer aussi tous les *Douaires préfix rachetables à perpétuité*, qu'il y a une infinité plus de Douaires que de rentes constituées, parce que presque tout le monde se marie & constitue des *Douaires*, au lieu qu'à proportion il y a peu de personnes qui vendent ou constituent des *rentes sur leurs biens.* De sorte que si tous les Douaires préfix étoient non rachetables, il y auroit, en moins de cent années, une confusion si grande dans la possession des fonds, qu'ils seroient presque hors de commerce; & tel est l'usage, selon de Renusson, dans son

Traité *du Douaire*, chap. 10, n. 19, pag. 230.

Cela posé, l'on demande à quel denier ces Douaires doivent être remboursés, ou au denier qui avoit cours dans le temps de la célébration du mariage, & qu'ils ont été constitués, ou au denier qui a cours au temps du remboursement?

Un homme, par exemple, se marie en 1698, dans le temps que les rentes étoient au denier-vingt. Cet homme qui avoit de bien pour 100000 liv. de ces rentes, constituées sur des particuliers solvables, donne à sa femme un Douaire préfix, de 2000 liv. par an.

Il contracte ensuite, pendant son mariage, tant de dettes qu'il se ruine, & il décede en 1720, dans le temps que les rentes sont au denier-cinquante.

Les enfans soutiennent que les 100000 livres leur appartiennent en entier, parce qu'il leur faut 2000 *liv. de rentes*, & que ces 100000 liv. ne produisent au juste que ce qu'il leur faut.

Les créanciers disent au contraire, que quand le Douaire préfix a été constitué, toutes les rentes étoient *au denier vingt*, & qu'ainsi le mari ou le pere qui a constitué à sa femme un Douaire de 2000 liv. de rente, n'ayant eu intention de lui assigner sur ses biens qu'un fonds de 40000 liv. ils peuvent libérer sa succession en donnant 40000 *livres* à ses enfans; ensorte que par ce moyen les créanciers sauveront 60000 liv. pour se payer; au lieu qu'ils perdroient toutes leurs créances, si la prétention des enfans avoit lieu. *Quid juris?*

Comme, suivant cet article & le 249, le Douaire préfix & coutumier est le *propre héritage des enfans douairiers; ensorte qu'ils en sont réputés propriétaires du jour de la bénédiction nuptiale*, c'est ainsi de ce jour que le fonds de leur

Douaire doit être fixé, ou autrement ils se trouveroient propriétaires d'un bien dont le prix seroit incertain, ce qui ne conviendroit ni au pere, ni à la femme, ni aux enfans.

Et comme au jour de la célébration, on ne peut régulièrement mettre, ou fixer le fonds du Douaire, qu'au denier courant des rentes & des intérêts, il s'ensuit que quand les rentes sont au *denier vingt*, les Douaires doivent être aussi censés constitués au *denier vingt* ou au *denier cinquante*, quand les rentes sont au *denier cinquante;* ensorte que dans l'espece proposée, les créanciers ont raison d'offrir à la femme & aux enfans 40000 l. pour le rembourſement de leur Douaire préfix de 2000 liv.

La femme pourra opposer, qu'étant une usufruitiere, elle ne doit pas être de pire condition que si un étranger lui avoit légué *2000 liv. de rente viagere*, dans le temps que les rentes étoient au *denier vingt.*

Or, quoique les rentes aient été ensuite portées du *denier-vingt* au *denier-cinquante*, sa pension viagere de *2000 liv.* lui devroit constamment être payée dans ce cas, sans aucune diminution.

Et de-là elle conclura qu'il est juste que son Douaire de *2000 livres* lui soit *payé sans diminution*, quoique les rentes aient été mises au *denier cinquante;* & les enfans ne manqueront pas de se servir des raisons de leur mere.

Mais on lui répondra que le legs d'une rente viagere, qui forme chaque année un nouveau legs, n'est pas rachetable, parce qu'il n'y a pas lieu de présumer que le testateur ait eu cette intention; au lieu que le mari, qui constitue un Douaire préfix à sa femme, est présumé avoir eu intention qu'il pût être racheté; & de-là vient

que par Arrêt du 21 Décembre 1603, prononcé en robes rouges, il a été jugé contre la veuve de M. Chauvelin, qu'elle ne pouvoit refuser le rachat de son Douaire constitué au *denier douze*, si mieux elle n'aimoit en consentir la conversion au *denier-seize*, suivant l'Edit de Juillet 1601, vérifié en Parlement le 18 Juillet 1602. *Voyez* M. le Prêtre, centurie 2, chap. 44; Montholon, Arrêt 102; & de Renusson dans son *Traité du Douaire*, chap. 9, n. 20, pag. 231. Cet Auteur, pages 117 & 232, rapporte cependant deux Arrêts qui ont jugé le contraire, & que tel est l'avis d'Auzannet.

Mais la premiere décision paroîtra juste si l'on considere que la veuve ou ses enfans, qui prennent leur *Douaire coutumier* sur des rentes constituées, supportant la diminution par le changement des rentes du *denier vingt* au *denier cinquante*, il est juste que la veuve & ses enfans, qui ont un *Douaire préfix*, souffrent aussi la même diminution.

Quant à la veuve d'un homme, qui a passé en secondes noces, elle doit supporter aujourd'hui deux diminutions de son Douaire préfix, lorsque les biens de son mari consistoient en rentes constituées.

La *premiere*, parce que son Douaire préfix doit être réduit au *coutumier*; ce qu'il faut entendre si, étant aussi donataire, elle a avec son Douaire préfix, plus qu'une part d'enfant.

Et la *seconde*, parce qu'il doit être réduit au *denier cinquante*, suivant l'Arrêt du 21 Décembre 1603.

ARTICLE CCLVI.

Le Doüaire prefix ſaiſit comme le coutumier.

Douaire, ſoit coûtumier ou prefix ſaiſit, ſans qu'il ſoit beſoin de le demander en Jugement ; & courent les fruits & arrerages du jour du decez du mari.

Des Mares, déciſion 216; l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 33, p. 222, lig. 1; *Guido Papæ*, *Q.* 524.

Douaire coutumier ou préfix ſaiſit, &c.] Avant cet article, le Douaire préfix ne ſaiſiſſoit pas, & n'avoit point de lieu juſqu'à ce qu'il eût été demandé en Jugement. *Voyez* l'article 141 de l'ancienne Coutume. Et de ce que l'un & l'autre Douaire ſaiſiſſent; il s'enſuit que pour l'un & l'autre on peut intenter la complainte en cas de ſaiſine & de nouvelleté. *Voyez* ce qu'on a remarqué ſur l'article 96.

Et courent les fruits & arrérages du jour du décès du mari.] Cela eſt vrai contre les héritiers du mari, mais non contre le tiers acquéreur de bonne foi, qui gagne les fruits en délaiſſant l'héritage chargé du Douaire avant conteſtation en cauſe, ſuivant l'article 103.

Il faut encore remarquer que les *fruits* & les *arrérages* ne courent du jour du décès du mari, qu'au cas que le Douaire en produiſe; car s'il eſt, par exemple, d'une ſomme de deniers pour une fois payer, qui ne produit aucuns fruits civils, les intérêts n'en ſont dus que du jour de la demande. *Voyez* M. le Prêtre, cent. 3, ch. 73.

ARTICLE CCLVII.

Quand il y a don mutuel, la femme jouit à cause du don, de la moitié des meubles & des conquêts du mari, & prend le Doüaire prefix sur les propres.

La femme doüée de Doüaire prefix d'une somme de deniers pour une fois, ou d'une rente, si durant le mariage est fait don mutuel, joüit après le trepas de son mari, par usufruit, de la part des meubles, & conquêts de sondit mari. Et sur le surplus des biens dudit mari, prend sondit Doüaire, sans aucune diminution, ni confusion.

Quand le mari décédé a délaissé des propres, des conquêts & des meubles, le Douaire préfix d'une rente ou d'une somme de deniers, pour une fois payer, se prend d'abord sur la part du mari, dans les biens de la communauté, selon l'article 260; & si ces biens ne sont pas suffisans, le Douaire se prend sur ses propres. Tout cela est vrai quand il n'y a point de don mutuel, mais quand il y en a un, le Douaire se prend d'abord sur les propres, & non sur la moitié du mari dans les biens communs; la raison est que, dans le don mutuel, il doit y avoir de l'égalité, laquelle ne se trouveroit plus si le Douaire se prenoit d'abord sur la part du mari dans la communauté; & de-là vient que cet article décide que la femme, qui jouit à cause de son don mutuel de la part des meubles & conquêts de son

mari, prend son Douaire sur le surplus des biens dudit mari.

Sans aucune diminution ni confusion.] Ainsi les Réformateurs ont ici rejetté avec raison la disposition de la Coutume de Touraine dans l'article 337, & de quelques autres semblables, qui réputent le *Douaire* & le *Don* incompatibles, parce qu'ils sont deux causes lucratives; car dans les principes, deux donations peuvent concourir sur les mêmes biens, quand elles y peuvent être prises; & d'ailleurs le Douaire, qui est constitué à la femme pour élever ses enfans & pour leur servir de légitime, ne peut point aujourd'hui être regardé comme une cause pure, lucrative. *Voyez* ce qu'on a remarqué sur ce Titre & sur l'article 248, & §. 6, *Instit. de legatis.*

Que l'on suppose à présent que des personnes se soient mariées sans biens, & qu'ils aient stipulé par leur contrat de mariage qu'ils ne seroient tenus l'un l'autre des dettes qu'ils auroient contractées auparavant. Ils acquierent des biens pendant leur communauté; ils se sont ensuite fait un don mutuel, & se trouvent avoir l'un & l'autre des dettes créées avant leur mariage. L'on demande de combien sera le don? Et comme dans le don mutuel il doit y avoir une égalité parfaite, il faut dire qu'il sera de ce qui restera à celui qui avoit le plus de dettes à payer. Ainsi si la communauté se trouve de 6000 livres, & que le mari en doive 15000 & la femme 7000, le don mutuel ne sera que de 15000 liv. puisqu'il ne reste au mari que 15000 liv. ses dettes payées.

Si le mari a stipulé que la femme n'aura qu'un quart plus ou moins dans la communauté, le don mutuel ne sera aussi que du quart plus ou moins, parce qu'autrement le don ne seroit pas égal

Si la femme a un Douaire à prendre sur la part du mari, le don mutuel ne sera, par la même raison, que de ce qui restera de biens au mari, le Douaire prélevé. Et c'est outrer les choses & s'égarer des principes que de dire que dans ce cas la femme aura son don mutuel entier; & que la nue propriété des biens du mari sera vendue, afin que sur le prix elle soit payée de son Douaire.

ARTICLE CCLVIII.

Les contre-lettres sont nulles, si elles ne sont passées en la présence des parens qui ont signé au Contrat de mariage.

Toutes contre-lettres faites à part, & hors la présence des parens qui ont assisté aux Contrats de mariage, sont nulles.

Corbin, tom. 2, *des Droits de Patronage*, p. 411. Du Frêne dans son Journal, pages 210, 257.

Des parens qui ont assisté aux contrats de mariage.] Les parens sont ici comme dans l'art. 255, *les peres, meres, aïeuls & aïeules*, qui ont autorité sur ceux qui se marient, auxquels il faut joindre les *tuteurs*.

Quant à ceux qui sont majeurs, qui ont la liberté de se marier comme il leur plaît, qui peuvent changer leurs contrats & en faire de nouveaux à leur volonté, sans appeller ceux qu'ils y ont fait signer par bienséance, ils y peuvent déroger par des contre lettres, mais non se préjudicier les uns aux autres par des contre-

lettres faites avec de tierces personnes. *Voyez M. Ricard sur cet article.*

ARTICLE CCLIX.

Le Doüaire d'une somme de deniers, est mobilier.

Doüaire d'une somme de deniers pour une fois païer, venuë aux enfans, est réputé mobilier, & perd sa nature de Doüaire: & y succedent les plus proches heritiers mobiliaires.

Voyez la note sur l'article 255.

Est réputé mobilier, & perd sa nature de Douaire.] Ainsi le Douaire perd sa qualité dès le moment que les enfans l'ont accepté; & la mere, si elle vit, leur succede, à l'exclusion des héritiers paternels, & à l'exclusion même de ceux de ses enfans qui survivent.

Si les enfans prennent une terre de la succession du pere, pour la somme de deniers qui leur est due à cause de leur Douaire, cette terre leur est, ce semble, un propre par la raison de l'article 26. Et s'ils prennent la terre pour une rente, elle est encore, à plus forte raison, propre, parce que c'est un assignat, & que la rente à laquelle la terre est subrogée, étoit un propre.

ARTICLE CCLX.

Le Doüaire prefix ſe prend ſur la moitié du mari dans les biens de la Communauté.

Doüaire préfix ſoit en rente ou deniers, ſe prend ſur la part du mari, ſans aucune confuſion de la Communauté, & hors part.

Voyez la note ſur l'article 257.

ARTICLE CCLXI.

Le Doüaire préfix ou coûtumier, n'eſt pas au choix de la femme, ſi l'option ne lui en eſt donnée.

Femme doüée de Doüaire préfix, ne peut demander Doüaire coûtumier, s'il ne lui eſt permis par ſon traité de mariage.

Coquille, Q. 145.

On donnoit ſouvent cette option aux femmes, parce que, ſuivant l'ancienne Juriſprudence, qui étoit très-ſage, le noble ne pouvoit leur conſtituer un Douaire préfix qui excédât le coutumier; ce qui eſt encore en uſage dans quelques Coutumes, comme dans celle de Touraine, article 312.

Les Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris, art. 59. *Mari ne peut douer ſa femme que de*

Douaire coutumier ; c'eſt à ſavoir de la moitié de ſes biens, & non plus, notiſſima.

Des Mares, déciſion 218. *Un noble ne peut douer ſa femme par convenance expreſſe, outre la moitié de ſes biens, autrement eſt en perſonne non noble.*

Voyez la raiſon de ce droit dans Joinville, page 23, au commencement de la derniere édition de 1668, & joignez Loiſel dans ſes Inſtitutes, liv. 1, tit. 3, reg. 4.

Le Douaire étant acquis aux enfans par la mere dont il eſt la dot, ſuivant les autorités citées ſur ce titre, il faut néceſſairement dire, que les enfans au cas de cet article, doivent ſuivre le choix de leur mere. C'eſt l'avis de Meſſieurs Ricard & Auzannet, qui eſt juridique. *Voyez l'article 249.*

ARTICLE CCLXII.

La Doüairiere eſt tenuë des reparations d'entretenement.

La femme qui prend ſon Doüaire coûtumier, eſt tenuë entretenir les heritages de reparations viageres, qui ſont toutes reparations d'entretenement, hors les quatre gros murs, poutres, & entieres couvertures & voûtes.

Vid. Joan. del Caſtillo de Uſufructu, cap. . . .

ARTICLE CCLXIII.

Le Doüaire n'eſt qu'à la vie de la femme, s'il n'y a des enfans, ou s'il n'y a dans le Contrat de mariage quelque clauſe contraire.

Le Doüaire, ſoit en eſpece, rente ou deniers promis à une femme, n'eſt qu'à la vie de la femme tant ſeulement, s'il n'y a enfans nez & procréez du mariage. Et doit tel Doüaire après le trepas de la femme, revenir aux héritiers du mari, s'il n'y a Contrat au contraire.

Le Douaire ſoit en eſpece.] Tournet prétend que le Douaire en *eſpece*, eſt un Douaire qui doit être payé en *bled* ou *vin*; mais il ſe trompe, car ce Douaire ſeroit en *rente*, parce que des *rentes* peuvent être en *bled* & en *vin*, comme en argent. Le Douaire eſt donc en *eſpece*, quand il conſiſte en la jouiſſance d'un immeuble fixe & certain, comme une terre ou une maiſon, *eſt dos præfixa in ſpecie*, dit du Molin, *& non in genere uſusfructus quotæ bonorum*, ſur l'article 79 de l'ancienne Coutume, n. 3.

S'il n'y a enfans nés & procréés du mariage,] qui aient renoncé à la ſucceſſion de leur pere, auquel cas le Douaire leur paſſe après le décès de leur mere. *Voyez l'article 255.*

Doit tel Douaire après le trépas de la femme, revenir aux héritiers du mari, s'il n'y a contrat au contraire.] Et par conſéquent ſi les enfans ſont

héritiers de leur pere, & non douairiers, la mere pourra disposer, à leur préjudice, du Douaire stipulé sans retour.

Cet article ne parle que de la *mort naturelle*, d'où il faut, ce semble, conclure que le Douaire ne finit point par la *mort civile*, comme la profession Monastique. Henelius, dans son Traité *de dotalitio*, p. 637, & Del Castillo dans son Traité *de usufructu*, *cap. 64*, *p. 238*, ont été de cet avis, après un nombre infini d'Auteurs. Et cet avis est indubitable, suivant les principes du Droit Romain, qui admettoit les Moines aux successions, *Leg. ult.* §. *hoc etiam*, *cod. de Episcopis & Clericis.* Joignez la note sur l'article 337.

Mais selon l'article 337, conforme au Droit commun de la France, *Religieux & Religieuses Profès*, *ne succedent à leurs parens*, *ni le Monastere pour eux ;* & en particulier ils ne peuvent posséder aucuns biens. Cela étant ainsi, comment le droit d'usufruit pourra-t-il subsister en la personne d'une veuve profesſe ? & si ce droit d'usufruit ne peut point subsister en sa personne, ne faut-il pas dire, suivant les principes, qu'il est réuni de plein droit à la propriété, du jour que la veuve a fait profession ? *Vid. Galvanum de Usufructu*, *cap. 38.*

La Cour a néanmoins adjugé quelquefois des Douaires, par forme de pension viagere, à des veuves qui avoient fait profession ; mais à juger par la modicité de ces Douaires, ces veuves étoient pauvres, & la Cour ne leur accorda ces graces que parce que sans leur Douaire, elles n'auroient point eu dequoi entrer en Religion. *Voyez* du Frêne, liv. 2, chap. 31, liv. 3, ch. 28, *& Fachin. 6*, *controv. c. 12.*

ARTICLE CCLXIV.

Quelle caution la femme doit donner pour son Doüaire.

Et au cas que ladite femme ne se remarie, aura délivrance de sondit Doüaire à sa caution juratoire. Mais si elle convole en un autre mariage, sera tenuë bailler bonne & suffisante caution.

Sera tenue de bailler bonne & suffisante caution. Voyez ce qu'on a observé à ce sujet sur l'art. 279, ci-après.

TITRE DOUZIEME.

DE GARDE NOBLE ET BOURGEOISE.

SI l'on en croit Tronçon, le droit de *Garde* dont il est traité sous ce titre, a été pris du Droit Romain, & Horace en a parlé dans ce Vers :

Ut piger annus
Pupillis, quos dura premit custodia matrum.

Et c'est encore de la *Garde* que ces paroles de Seneque, *de consolatione ad Marciam*, doivent être entendues. *Pupillus relictus sub tutorum cura usque ad decimum quartum annum fuit, sub matris tutela semper, cum haberet suos penates relinquere tuos noluit, &c.*

Le droit de Garde eſt une ſuite du droit des Fiefs. Quand les Fiefs n'étoient qu'à vie, il ne falloit pour les adminiſtrer ni tuteur, ni gardien, parce qu'ils n'étoient donnés qu'à des gens capables de porter les armes. Mais quand ils furent rendus héréditaires, les Seigneurs qui prévirent bien qu'ils pourroient écheoir à des mineurs, dont ils ne tireroient aucuns ſervices, ſe réſerverent en quelques lieux la jouiſſance des Fiefs pendant la minorité de leurs Vaſſaux. C'eſt ce qu'on appelle *Garde royale & ſeigneuriale.* En pluſieurs autres lieux, ils permirent aux plus proches parens des mineurs, de deſſervir les fiefs, & ils choiſirent même quelquefois ceux d'entre ces parens qui étoient les plus propres à s'acquitter de ce devoir, comme il ſe voit dans les paroles ſuivantes de Baldricus, Auteur qui vivoit il y a près de ſix cens ans, dans ſa Cronique de Cambrai & d'Arras, lib. 3, cap. 66 : *Et quia iſte Hugo adhuc puer erat, ſed propinquum quemdam Anſellum nomine, moribus & armis egregium habebat, hujus cuſtodiæ puerum, cum bono ejus* (*Pontifex*) *commiſit, quem Anſellus ille uſque ad præfinitum tempus optime & fideliter rexit.* Et c'eſt de-là que le droit de Bail & Garde a pris ſon origine.

La Garde ayant donc été introduite afin que les Fiefs des mineurs fuſſent deſſervis, on donna aux gardiens les profits de ces fiefs, parce qu'il n'auroit pas été juſte qu'ils les euſſent deſſervis à leurs dépens; & comme en les deſſervant ils faiſoient les fonctions de Vaſſaux, les Seigneurs les obligerent d'entrer en foi.

Pour indemniſer les mineurs de la perte des fruits, on obligea leurs gardiens de payer leurs dettes, & de les rendre quittes après la Garde. Afin que les gardiens ne puſſent éviter de payer

ces dettes, on imposa la nécessité aux créanciers qui seroient présens, de les poursuivre & de les discuter, à peine de perdre ce qui leur seroit dû ; & pour avertir les créanciers, l'on rendit les Gardes publiques, en les faisant accepter en Jugement, comme il se pratique encore aujourd'hui.

Le droit de Garde étant dégénéré par succession de temps, en un véritable pillage ; car on l'étendit aux biens en roture & aux meubles, il fallut enfin le restreindre. Pour cet effet, on ne permit plus, presque par-tout, aux collatéraux d'être gardiens, ou plutôt bailliſtres ; car, en ligne collatérale, la *Garde* étoit appellée *Bail*. Et afin qu'au défaut de bailliſtres & de gardiens, les Seigneurs ne pussent faire saisir les fiefs des mineurs par faute d'homme, on les obligea de donner souffrance, & l'on arrêta que la *souffrance vaudroit foi tant qu'elle dureroit*. On ne donna plus en propriété les meubles aux Nobles qui accepterent la Garde de leurs enfans ; & l'on établit que les Gardes finiroient par les secondes noces. Ce qui est un droit nouveau parmi nous, comme on en peut juger par les chap. 187 & 243 des Assises de Jérusalem, par ce qu'a écrit sur cette matiere l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 41, p. 270 ; par le procès-verbal de l'ancienne Coutume de Paris, sur les articles 99 & 101, & par une infinité d'autres autorités, qui sont des preuves bien certaines que tous nos Auteurs ont mal entendu de la *Garde*, le chapitre *ex parte 67*, *ext. de appellationibus*.

ARTICLE CCLXV.

La Garde noble appartient aux pere, mere, aïeul, & aïeule.

Il eſt loiſible aux pere, mere, aïeul, ou aïeule nobles, demeurans dedans la Ville de Paris, ou dehors, accepter la Garde noble de leurs enfans, après le trepas de l'un d'eux.

L'Auteur du grand Coutumier, liv 2, ch. 41, p. 269.

Le droit des Gardes eſt tellement corrompu dans la pratique, qu'on n'y connoît preſque plus rien.

Anciennement il n'y avoit, comme on l'a dit, qu'une Garde; ſavoir, la *noble* qui n'étoit que pour les fiefs échus à des mineurs, que les Seigneurs auroient mis en leur main s'il n'y avoit pas eu des gardiens ou des bailliſtres pour les deſſervir. Ce qui nous eſt clairement marqué par ces paroles de Beaumanoir, chap. 15, p. 88, lig. 10.

« Se il avient que aucuns baux eſchie, & nul » ne ſe trait avant pour le bail recevoir, pour » ce qu'il y a trop de dettes, ou pour ce que » li enfant ſont près de leur âge, ſi que la peine » de celi à qui li baux apartient, ne ſeroit pas » emploïée, ou parce que il ne pleſt à penre » Loi à nul. *Li ſire en tel cas puet tenir le fief par* » *defaute d'homme*, juſques à tant, que li enfant » vienne à ſon hommage tous aagiez, ne ja li » ſires ne ſera tenus à rien païer qui fuſt dû par » la raiſon du fief qu'il tient par faute d'homme, » &c. »

Et quand le mineur avoit un fief avec des héritages en roture, les héritages en roture ne tomboient point en garde, comme nous l'apprend Beaumanoir, chapitre 15, p. 86 à la fin, & 87 au commencement, & après lui l'Auteur du grand Coutumier, en ces termes, livre 2, chap. 15, pag. 206, au commencement: « Selon » raiſon, uſage & couſtume notoire, & commune obſervance, *rentes*, *héritages* & poſ» ſeſſions mouvans & tenus en cenſive, ne » chéent en bail, ne n'en eſt dû droit: & ſi ne » peut ne doit le bailliſtre faire les fruits ſiens, » mais convient que de toutes ces choſes tenues » en cenſive, compte ſoit fait & rendu aux mi» neurs; quand ils ſeront devenus en âge, &c. »

Et comme le non noble jouiſſoit ordinairement de la franchiſe du fief, lorſque le mineur en avoit un, ce fief tomboit en garde; & en voici la preuve tirée de Beaumanoir, chap. 15, pag. 90, vers le milieu. « *L'on dit que en houme* » *de Pooſie* n'a point de bail. Mes chie eſt à en» tendre, quand ils n'ont point de terre de fief; » car ſe il ont fief, puet avoir bail, & l'emporte » le plus procheins, ſi comme je vous ai dit » deſſus des Gentilshoumes. Mes ſe il ni a fors » villenage, il n'y a point de bail. Et auſſint n'au» roit-il entre Gentilshoumes, ſe il n'y avoit fors » que villenages, &c. »

Le droit de garde ayant été enſuite concédé aux Bourgeois de Paris & autres, comme ces Bourgeois n'avoient pas ordinairement de fiefs, il fut arrêté que les terres ou héritages que leurs mineurs auroient en cenſive tomberoient dans cette eſpece de gage qui fut nommée bourgoiſe, ce que nous remarque l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 15, pag. 206. *En la Ville*, dit-il, *& Banlieue de Paris, le pere ou la mere*,

aïeul ou aïeule, ayant la garde de leurs enfans mineurs, font les fruits leurs, qui ont le bénéfice de la garde des choſes tenues en cenſive, & n'en ſeront tenus rendre compte, &c.

Comme tout mari roturier étoit en droit de deſſervir le fief de la femme noble qu'il avoit épouſée, ce mari, après le décès de ſa femme, pouvoit encore deſſervir ce fief comme bail ou gardien de ſon fils mineur. Et quoique le fils & le pere fuſſent roturiers, ſuivant *le nouveau droit*, cette Garde ne laiſſoit pas que d'être noble, parce que tout *ſervice de fiefs* eſt noble. Je dis ſuivant le *Droit nouveau*, parce que, ſuivant l'ancien droit, le fils d'une mere noble qui avoit épouſé un homme noble, étoit Gentilhomme & capable de poſſéder des Fiefs, comme je l'ai fait voir dans mon Gloſſaire ſur les mots, *nobleſſe de par les meres.*

Et au contraire, ſi un Gentilhomme domicilié à Paris, dont le fils n'avoit que des héritages tenus en cenſive, s'en rendoit gardien, cette garde étoit bourgeoiſe & non noble.

Et au lieu que dans le premier de ces deux cas la Garde du mineur roturier, Seigneur de fief, ne finiſſoit qu'à vingt années pour les mâles, & à quinze ans pour les femelles; la ſeconde finiſſoit à quatorze ans pour les mâles, & à douze ans pour les femelles.

Preſque tout ce droit a été changé à la réformation de notre Coutume. Et par l'article 265 il a été ſtatué qu'il *ſeroit loiſible aux peres, meres, aïeuls ou aïeules nobles, demeurans dans la Ville de Paris ou au dehors, d'accepter la Garde de leurs enfans mineurs après le trépas de l'un d'eux.*

De ſorte qu'aujourd'hui un pere & une mere nobles, domiciliés à Paris, après le décès de l'un d'eux, ont la Garde noble de leur enfant, ſoit

que cet enfant ait un fief, ou qu'il n'ait que des héritages tenus en censive.

2°. On a voulu que non seulement tous les héritages tenus en fief ou en censive, tombassent dans ces deux différens Gardes, mais encore les rentes dues aux mineurs. C'est la décision précise de l'art. 265.

Et enfin on a voulu, dans l'article 268, *que la Garde noble dure aux enfans mâles jusqu'à vingt ans, & aux femelles jusqu'à quinze ans accomplis; & la Garde bourgeoise aux mâles jusqu'à quatorze ans; & aux femelles jusqu'à douze ans finis & accomplis.* Par où tout le droit des Gardes est renversé. Car au lieu qu'anciennement elles étoient nobles ou roturieres, selon la qualité des biens que les mineurs avoient, ce qui étoit régulier, on veut à présent qu'elles soient *nobles* ou *roturieres*, selon la qualité des personnes. Et quoique la Garde *noble* & la *bourgeoise* soit la même quand il n'y a point de fief, & que le mineur n'a que des héritages en roture ou des rentes, la noble, suivant ce prétendu principe, finira à vingt & quinze ans accomplis, & la bourgeoise à quatorze & douze ans; ensorte que, sans aucune raison & sans aucune nécessité, la condition des enfans nobles se trouve pire que celle des enfans bourgeois. Il y a plus, c'est que la Garde du mineur étant noble quand il est Gentilhomme, quoiqu'il n'ait que des héritages en roture; il s'ensuit que la Garde du mineur non noble doit être bourgeoise, quoiqu'il n'ait que des fiefs. Et comme, selon l'article 268, la Garde bourgeoise finit à quatorze ans pour les mâles & à douze ans pour les femelles, il se trouvera dans ce dernier cas que la Garde finira avant la majorité féodale, contre la disposition précise de l'article 32. Il est donc évident que l'ancien

droit des Gardes qui, dans son principe, n'étoit que pour les fiefs & l'utilité des mineurs, étoit beaucoup plus juste & plus judicieux que le nouveau.

Cela posé, l'on demande si la femme noble, veuve d'un mari roturier, domicilié dans la Prévôté & Vicomté de Paris, mais hors de la ville & de la banlieue, aura la Garde noble de son fils? Et comme, suivant le nouveau droit, la Garde est une espece de privilege accordé, contre toute justice, aux pere & mere nobles, &c. ainsi qu'aux bourgeois; il faut, en concluant bien d'un mauvais principe, dire, dans ce cas, que la mere aura la Garde noble de son fils, quoique son mari ne l'eût pas eue s'il eût survécu. Et il a été ainsi jugé par Arrêt du mois de Juin 1637, en la Chambre de l'Edit, au rapport de M. Magdelaine, entre M. Maudui, Syndic des créanciers de M. Canaye, Conseiller en la Cour; & Dame Elisabeth Bourneau, veuve de M. Canaye, Maître des Comptes, par lequel la Garde fut adjugée à la Dame Bourneau, quoique le Sieur Canaye fût roturier. Ferr. sur l'art. 265, n. 23, p. 961.

Après le trépas de l'un d'eux.] Ainsi tant que le pere & la mere vivoient, il n'y avoit pas de garde, quand même les enfans auroient eu des biens, par des dispositions entre-vifs, ou à cause de mort. La raison est qu'anciennement à Paris, & dans presque toutes les Provinces du Royaume, les enfans étant *en puissance*, tant que leurs pere & mere vivoient, tout ce qui leur étoit donné étoit acquis aux pere & mere, comme il est justifié par ce qui suit de l'Auteur du grand Coutumier, pag. 264 & 265, liv. 2, tit. 40 : *Tous les conquêts qu'enfans, demeurans sous la puissance de leurs pere & mere, c'est à sçavoir avec eux, & sans émancipation, sont, sont audits pere & mere.*

Un legs ou don qui eſt fait à mon enfant vient à mon profit, au cas toutefois que le don ou legs ne ſeroit cauſé, comme de dire pour apprendre à l'école ou pour le marier, &c. Et encore ſi la cauſe ceſſoit, le legs ou don reviendroit à moi, par la Coutume de la Prévôté de Paris.

Mais quand les pere ou mere étoient décédés les enfans étoient hors de puiſſance. On voit encore des reſtes de cet ancien droit, dans l'article 103 de la Coutume de Chartres, qui porte: *que par le trépas de pere ou mere, les enfans ſont ſui juris, & hors la puiſſance d'autrui*, ſuppoſé qu'ils euſſent aïeul ou aïeule & défaut la puiſſance que le pere avoit ſur eux. *Voyez* l'art. 134 de la Coutume de Châteauneuf, & le 93 de la Coutume de Dreux. Et de-là vient que ſuivant ces articles les enfans ne tomboient & ne tombent encore en garde que par le décès de leur pere ou de leur mere. *Vide Jacobum Curtium Brugenſem, Juriſconſull. Tomo 1, conjecturarum, cap. 26 in principio.*

ARTICLE CCLXVI.

Les pere & mere bourgeois peuvent accepter la Garde de leurs enfans mineurs.

Pareillement eſt permis aux pere & mere, Bourgeois de Paris, prendre & accepter la Garde bourgeoiſe, & adminiſtration de leurs enfans mineurs, après le decez de l'un d'eux.

Coutumes notoires, article 157. L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 41, p. 269. *Pareillement eſt permis au pere & mere, &c.*] &

non à l'aïeul & l'aïeule, comme dans le cas de la Garde noble. *Voyez l'article précédent.*

Après le décès de l'un d'eux.] Voyez la note sur l'article précédent.

ARTICLE CCLXVII.

Les Gardiens nobles ou bourgeois, ont l'administration des meubles des mineurs, & les fruits de leurs immeubles, en les entretenant, & païant leurs dettes.

Le gardien noble, demeurant hors la Ville de Paris, ou dans la Ville & Fauxbourgs d'icelle, & pareillement le Gardien bourgeois, a l'administration des meubles, & fait les fruits siens, durant ladite Garde, de tous les immeubles, tant héritages que rentes appartenant aux mineurs, assis en la Ville ou dehors; à la charge de païer & acquitter par ledit Gardien, les dettes & arrerages de rentes que doivent lesdits mineurs, les nourrir, alimenter, & entretenir, selon leur état & qualité, païer & acquitter les charges annuelles que doivent les heritages; & iceux heritages entretenir de toutes reparations viageres : & enfin desdites Gardes rendre lesdits heritages en bon état.

A l'administration des meubles.] Anciennement les Gardiens nobles en avoient la propriété, &

par un excès d'injustice, c'étoit seulement à raison des meubles qu'ils prétendoient être tenus des dettes, ce qui a été corrigé par cet article. *Voyez* l'article 25 des Coutumes notoires. Boutteiller, dans sa Somme, liv. 1, ch. 93, p. 528, & l'article 238.

Par cet article le Gardien *n'a que l'administration des meubles ;* ainsi la question est de savoir quel droit cette *administration* lui donne.

Par l'article 239, *homme & femme conjoints par mariage sont réputés usans de leurs droits pour avoir l'administration de leurs biens, & non pour vendre, engager ou aliéner leurs immeubles pendant leur minorité ;* ensorte que le mari mineur peut vendre & engager ses meubles & même ceux de sa femme, s'ils sont entrés en communauté, *& en dissiper le prix.*

Et par l'article 276, *les mineurs & autres personnes étant en puissance d'autrui, ne peuvent donner ou tester directement ou indirectement au profit de leurs tuteurs, curateurs ou autres administrateurs, ou aux enfans desdits administrateurs, pendant le temps de leur administration, & jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte ;* mais quoique les tuteurs puissent vendre les meubles des mineurs, ils ne peuvent pas en dissiper le prix, parce qu'il faut qu'ils *en fassent emploi* au profit des mineurs, & qu'ils leur en rendent compte, le droit d'administration ne donnant pas même aux tuteurs le droit de se servir des meubles de leurs mineurs.

Quant au *Gardien*, comme son droit *d'administration* lui donne moins de pouvoir qu'au mari mineur, elle lui donne aussi plus de pouvoir qu'au *simple tuteur*, parce que, suivant cet article, *il fait les fruits siens de tous les immeubles* dont il faut que le tuteur tienne compte. Ainsi en dis-

tinguant les différens meubles, il eſt aiſé de connoître le pouvoir du Gardien.

Si les meubles peuvent ſe conſerver ſans perte ou diminution pour le mineur, comme ſont les tableaux, les diamans, les perles, la vaiſſelle d'argent, &c. Celui qui a la Garde peut s'en ſervir.

Mais s'il ne peut ſe ſervir des meubles ſans les uſer & en diminuer la valeur, parce que la Garde eſt longue, il les doit vendre, jouir du prix, & le rendre au mineur à la fin de la Garde; & s'il n'a pas vendu, il faut qu'il en rende la priſée avec la crue, comme dit très-bien M. Auzannet, qui a pour lui la déciſion de Juſtinien dans le §. 2, aux Inſtitutes *de Uſufructu*. Voyez del-Caſtillo *de Uſufructu*, cap. 15, n. 13, 31.

On demande ſi dans ce cas les meubles *ſuivront le corps*, & comme ils ont ſuivi le domicile du pere ou de la mere, s'ils ſont décédés à Paris, il faudra néceſſairement qu'ils ſoient réglés par cet article.

A l'égard des *legs* faits par les peres ou meres il n'y a pas de difficulté. Ou le teſtateur a légué des effets, c'eſt-à-dire, de certains *meubles ou immeubles*, & il faut que ſa volonté ſoit exécutée, & que la délivrance en ſoit faite: ou il a légué *des ſommes*, & il faut que le Gardien en acquitte ſon mineur, parce que ces legs ſont des dettes mobiliaires.

Il arrive ſouvent à Paris que les biens d'un mineur, fils de marchand, conſiſtent tous en meubles; & aux termes de cet article, il n'y a nulle difficulté que tous ces meubles ne tombent en garde, puiſque s'il n'y avoit que des immeubles ils y tomberoient tous. Et ceux qui diſent que le mineur peut dans ce cas demander la diſ-

traction de sa légitime, n'y pensent pas; puisqu'il faut que le Gardien en tienne compte sur le pied de l'estimation, comme on l'a dit ci-dessus.

Font les fruits siens de tous les immeubles, héritages ou rentes.] Dans l'article 99 de l'ancienne Coutume, il y avoit, *font les fruits leurs des héritages;* mais pour ôter toute ambiguité, & ôter aux Praticiens tout prétexte de chicaner, les Réformateurs ont ajouté dans cet article, suivant l'avis de du Molin, *tous les immeubles, tant héritages que rentes*, pour marquer qu'il n'y avoit aucune distinction à faire; & en effet comme les mineurs ne pouvoient desservir leurs fiefs, de-là vient, ainsi qu'on l'a dit, que tous leurs fiefs tomboient en Garde, non-seulement ceux qu'ils avoient eu de la succession de leur pere ou mere; mais encore ceux qu'ils avoient eus de celle de leur *aïeul* ou *aïeule*, ou par des successions collatérales; car la même raison avoit lieu également à l'égard de tous ces fiefs; & quand les mineurs n'avoient pas de Gardiens, les *Seigneurs* mettoient en leurs mains tous ces héritages *par faute d'homme*, & en prenoient les fruits; ensorte que, par cette raison, les Gardes ne faisoient pas grand préjudice aux mineurs. *Voyez* l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 29, pag. 196, lig. 21.

Quand cet article dit que *TOUS immeubles des mineurs tombent en Garde*, il faut bien remarquer qu'il est conforme à toutes les dispositions des autres Coutumes rapportées dans la Conférence. D'où il résulte que ceux qui demandent si *les successions collatérales & directes tombent en Garde*, ne s'apperçoivent pas qu'ils forment une question contre la disposition précise de cet article, qui la décide nettement, & qui marque assez son

intention par ce mot *tous*, qu'elle a eu soin d'ajouter, pour marquer *que toutes ces successions y tombent*. Tel étoit l'usage dans l'ancienne Coutume, dont la disposition étoit moins précise que celle de la nouvelle ; ce que nous apprenons de du Molin dans son Commentaire sur l'article 32, n. 5, dont les paroles méritent d'être rapportées, parce que, comme on l'a dit, les Réformateurs ont confirmé son avis. Secundo, *quæro utrum hujusmodi custodia extendatur ad alia feuda, quam ad ea quæ advenerunt pupillo ex linea directa? Respondeo : hæc quæstio concernit materiam*, §. 99, *& ibi, ut videbis, dixi ad omnia infrà tamen territorium extendi quocumque titulo sive successionis lateralis aut collateralis, sive legati aut donationis ad pupillum pertineant. Imo nedum ad ea quæ pertinent pupillo tempore custodiæ delatæ, vel acquisitæ & acceptatæ in judicio, sed etiam ad omnia quæ post acceptatam custodiam abveniunt, quocumque titulo vel modo quæ consuetudo non distinguit, &c.* Et de-là vient, suivant l'Auteur du grand Coutumier, livre 2, chapitre 29, page 208, 209, que *tous les meubles qui échéent aux mineurs pendant la Garde, appartenoient aux Gardiens ;* d'où il résulte que Charondas & Tronçon se sont trompés quand ils ont dit qu'il n'y avoit que les immeubles *échus aux mineurs, en ligne directe, pendant la Garde*, qui y tomboient, & non ceux qui étoient échus *en ligne collatérale*, & que nos nouveaux Auteurs se sont encore plus trompés en soutenant que tous les immeubles échus *en directe ou collatérale* depuis la Garde, n'y tomboient pas. Il est vrai qu'ils ont pour eux quelques Arrêts ; mais ils n'ont pas remarqué que ces Arrêts, qui sont contraires au texte précis de la nouvelle Coutume, ont été rendus dans l'ancienne pendant qu'il n'y avoit point à cet égard de Jurisprudence certaine.

Chopin qui avoit été employé avec huit autres illuſtres Avocats du Parlement pour travailler à la réformation de la Coutume de Paris, ſavoit mieux que perſonne quelle avoit été à cet égard l'intention des Réformateurs; & cet Auteur nous donne pour regle, dans ſon Commentaire ſur la nouvelle Coutume de Paris, que tous les héritages qui échéent aux mineurs qui ſont en Garde, y tombent, & que les fruits, par cette raiſon, en appartiennent aux Gardiens, leſquels néanmoins ſont maîtres de ne les pas prendre, en cas que les ſucceſſions échues pendant la Garde ſoient onéreuſes. Voici ſes paroles dans ſon Commentaire ſur la Coutume de Paris, tit. 7, pag. 389:

Quia Pariſiis liberorum cuſtodia fruitur omnibus eorum rebus ſoli videamus ſaltem ne is cogatur ſi novæ cuidam impuberum hereditati quæ hereditariis creditoribus ſua pecunia ſatisfiat. Æquitas ſane ſuadet eum qui tunc conſulto emeret hujuſmodi cuſtodiam cum pupilli debitorum mole non premeretur, nihilo gravius urgeri ad recentem hereditatem, quæ oneroſior ſit agnoſcendam, quam maritum, qui uxoriis anterioribus debitis Lege alligatus municipali. Haud ideo enim eſſe poſterius delatam uxori hereditatem cepiſſet invitus cujus ergo hereditariis oneribus immergatur, at repudiatæ illius hereditatis alieno ære eximitur.

On voit ſuffiſamment par là que du temps que Chopin écrivoit, on ne doutoit nullement à Paris que les ſucceſſions qui échéent aux mineurs pendant la Garde, n'y tombaſſent.

Ce même Auteur, traitant cette matiere dans ſon Commentaire ſur la Coutume d'Anjou, tom. 2, liv. 2, pag. 63, nombre 8, s'explique encore plus clairement, en rejettant l'opinion contraire.

Conſtat nobilem cuſtodem rei pupillaris fructuum lucro affici. Sed quid de laterali hereditate impuberi poſt cuſtodiam nobilem ſemel initam & acceptam?

Credant plerique ejus cuſtodis uſum fructum ad novam hanc fundorum poſſeſſionem ſucceſſoriam non pertinere. Si quidem noto juris theoremate, uſus-fructus cuſtodiæ ſequita occiſſio intelligitur ſecundum tempus delatæ cuſtodiæ nec ad alia referri bona videtur, quam quæ pupillus eo, quo fructuaria tutela agnita ſit, ſic poſſideret ad hæc, nobilis cuſtodis uſusfructus à jure communi ſumpta interpretatione reſpicit maternas facultates, quæque recta ex linea, non tranſverſa ad pupillos devenerint. Et ita ſenatus judicio ſub annum 1576, ſecundum impuberes quoſdam Jac. Roiſſarti, ſenatoris heredes, ad quos pluſcula aureliorum lati fundia eo jure dimanarant.

In audibus tamen nobilis cuſtos nullo diſcrimine ſibi quærit omnes pupillarium herediorum reditus unde illa cumque profecta ſint à tempore nobilis cuſtodiæ, §. 92.

Chopin, comme l'on voit, n'ignoroit pas l'Arrêt de 1576; mais comme il avoit été rendu dans l'ancienne Coutume, & qu'il ſavoit que la nouvelle, dans cet article-ci, avoit établi un droit nouveau, il marque aſſez qu'il ne faiſoit aucun cas de ce mauvais Jugement. Et Bacquet a été de cet avis dans ſes *Droits de Juſtice*, ch. 10, n. 10.

Quant à Charondas qui écrit ſur cet article que les ſucceſſions qui échéent aux mineurs pendant la Garde, n'y tombent pas, il ne faut pas s'étonner ſi cet Auteur illuſtre qui étoit alors dans un âge décrépit s'eſt trompé en fondant ſon avis ſur deux Arrêts ſeulement rendus dans l'ancienne Coutume, l'un pour les héritiers de M. Rouillard, de l'an 1576; & l'autre du 20 Mars 1564,

Tronçon, Auzannet ont été de ce dernier parti; & de Renuſſon ſur le fondement de ces deux Arrêts rendus dans l'anc. Cout. dit dans ſon Traité des *Gardes*, chap. 6, n. 9, que tel eſt l'uſage dans la Coutume de Paris, où l'opinion de Me. Charles du Molin n'a pas été ſuivie. Mais comme cet uſage eſt une erreur atteſtée par des gens qui n'ont entendu ni cet article, ni le 46 ci-deſſus, il doit être rejetté, n'y ayant point d'Arrêts ni d'Uſages qu'on puiſſe oppoſer à la diſpoſition de la Loi, lorſqu'elle eſt claire & nette.

Quand un pere, noble ou bourgeois, meurt, la mere peut prendre la Garde de ſon enfant; & ſi enſuite l'aïeul ou l'aïeule du côté du pere décedent, ces deux ſucceſſions tombent donc en garde; mais ſi ces ſucceſſions ſont obérées, la mere peut retenir la Garde dans la ſucceſſion de ſon mari, & la rejetter à l'égard des deux autres ſucceſſions; enſorte que quand elle veut gagner comme Gardienne, les fruits de ces deux dernieres ſucceſſions, il faut qu'elle en accepte la Garde en Jugement, d'où l'on pourroit conclure, avec quelque raiſon, qu'il y auroit autant de Gardes que de ſucceſſions; ce qui fait connoître combien nos Praticiens ſe trompent quand ils diſent que jamais un même enfant ne tombe deux fois en Garde, ſans conſidérer que cela n'eſt vrai que dans un ſeul cas, qui eſt quand la Garde finit par la mort, ou par le ſecond mariage du Gardien. *Voyez l'obſervation ſur l'article 46.*

A la charge de payer & acquitter par ledit Gardien les dettes.] Quand on a jugé à propos de reſtraindre dans cette Coutume, les Gardes, comme injuſtes & odieuſes, on n'a point entendu diminuer les charges des Gardiens, parce qu'il

leur reſtoit encore aſſez de profit ; d'où il s'enſuit qu'ils doivent payer les frais funéraires, quoiqu'ils n'aient plus les meubles en propriété, parce qu'ils ont toujours payé ces ſortes de dettes, ainſi que nous l'apprenons de Boutellier, liv. 1, chap. 93, p. 529. *Dois ſçavoir que le bail doit prêter les aumônes que le mort a fait en lit mortel, & le pupille lui venu en âge lui doit rendre.* Et la ſépulture du mort, doit le bail bailler, *& payer ſur ſon bail, & auſſi doit ledit bail payer tous les coûts & frais de l'obſeque pour cauſe de ſon bail, & ſans les frais au pupille.* Joignez la note ſur ce titre.

ARTICLE CCLXVIII.

Combien durent la Garde noble & bourgeoiſe.

La Garde noble dure aux enfans mâles juſques à vingt ans, & aux femelles juſques à quinze ans accomplis, & la Garde bourgeoiſe dure aux enfans mâles juſques à quatorze ans, & aux femelles juſques à douze ans finis & accomplis ; le tout pourvû que leſdits pere & mere, aïeul & aïeule ne ſe remarient, auquel cas la Garde eſt finie.

L'âge parfait, auquel on pouvoit contracter & eſter en Jugement, n'étoit point autrefois à vingt-cinq ans comme aujourd'hui, mais à vingt ans accomplis pour les mâles, & à douze ou quinze ans accomplis pour les femelles, s'ils poſſédoient

des fiefs ; & s'ils n'avoient que des héritages en censive ou roture, c'étoit à quatorze ans accomplis pour les mâles, & à douze ans pour les femelles, ainsi que nous l'apprenons de la décision suivante de Jean des Mares, qui est la 249. *Enfans de pooste, sont aagiez à quatorze ans, puisqu'ils sont mâles, & pucelles sont aagiées à douze ans ; mais ceux qui sont nobles, sont aagiez à vingt-un an*, quant aux chouses nobles & féodataires, & quant à celles qui sont tenues à villenage, à quatorze ans, *comme dessus est dit.*

En la personne des Nobles, on regardoit, pour fixer leur majorité, l'âge auquel ils pouvoient desservir leurs fiefs, s'ils étoient mâles, & si c'étoient des femelles, on regardoit l'âge auquel elles pouvoient prendre des maris, pour les acquitter des services militaires. *Ante ætatem viginti unius annorum*, dit l'Auteur de Fleta, lib. 1, cap. 9, §. 4, *robustos vel habiles ad arma suscipienda pro patriæ defensione non reputantur . . . & sub tutela dominorum interim remanebunt.*

Et à l'égard des roturiers, on regardoit, pour fixer leur majorité, l'âge auquel ils pouvoient négocier & débiter les marchandises. Et *heres Burgensis*, dit encore l'Auteur de Fleta, liv. 1, chap. 11, §. 7, *quàm citius discretionem habeat de narios numerandi, pannos ulnandi, & hujusmodi, plenam ætatem dicitur obtinere, & tunc primò finitur tutela.*

Il faut ici remarquer qu'on appelloit alors *Nobles* ceux qui possédoient des fiefs, car les fiefs affranchissoient les roturiers qui en étoient propriétaires, & ils leur communiquoient leurs privileges, tant que les roturiers demeuroient dessus, comme il se voit dans les autorités suivantes, qui feront assez connoître que tous nos Auteurs se sont jusqu'ici trompés en écrivant que,

suivant l'ancien Droit de la France, les roturiers ne pouvoient pas tenir des fiefs.

Beaumanoir, chapitre 48 de ses Coutumes de Beauvoisis, pag. 265, 266, *Le franchise des personnes, ne affranchit pas les heritages villains, mais li francfief franchissent la personne, qui est de pooste, entant comme il y est couchans & levans, & use de la franchise du fief.*

Bouteillier, dans sa Somme, livre 2, titre 1, pag. 656. *Et sont tenus pour Nobles ceux qui sont venus de noble lignée, s'ils ont fiefs acquêtez en aucuns lieux. Ceux mêmes qui les ont acquêtez non nobles, ne sont pas tenus pour nobles, se ils ne demeurent sur le fief, &c.* Joignez des Fontaines dans le chapitre 3 de son Conseil, articles 4, 5, 6 & 7.

Et de-là vient que le Poggio a écrit dans son Traité *de Nobilitate*, qu'en France les Fiefs annobliſſoient.

Quoique l'âge parfait soit présentement à vingt-cinq ans, on a néanmoins retenu l'ancienne majorité par rapport aux Gardes, comme il se voit clairement dans cet article; ainsi lorsqu'il décide que la Garde bourgeoise dure aux enfans mâles jusqu'à quatorze ans, & aux femelles jusqu'à douze ans finis, il le faut entendre des enfans mâles & des femelles qui n'ont pas des fiefs; car s'ils en ont, la Garde à l'égard des fiefs doit durer aux mâles jusqu'à vingt ans, & aux femelle jusqu'à quinze ans accomplis; la raison est, que la Garde, qui est une espece de tutelle, doit durer jusqu'à ce que les mineurs aient atteint la majorité. Or, selon l'article 32, *tout homme tenant fief, n'est réputé âgé qu'à vingt ans, & la fille qu'à quinze ans accomplis*; & par conséquent la Garde doit durer aux mineurs qui ont des fiefs, jusqu'à ce qu'ils aient cet âge.

Si les mineurs sont nobles, & s'ils ont des héritages en roture, la Garde doit cesser par la même raison, à l'égard de ces biens, à quatorze ans aux mâles, & à douze ans aux femelles; parce qu'à l'égard de ces biens la minorité cesse, ou, pour mieux dire, parce qu'à cet âge les mineurs sont réputés majeurs par rapport à leurs Gardiens.

Si l'on confere la décision 29, de Jean des Mares, avec cet article & le trente-deuxieme, on sera pleinement convaincu de la vérité qu'on vient d'expliquer.

ARTICLE CCLXIX.

Les Gardiens nobles ou bourgeois, doivent accepter la Garde en Jugement, & faire inventaire, & le Gardien bourgeois doit outre cela donner caution.

La Garde noble ou bourgeoise se doit accepter en Jugement, & est tenu le Gardien noble ou bourgeois, faire faire inventaire; & outre, celui qui a la Garde bourgeoise, doit bailler caution.

L'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 29, p. 209, au commencement.

Anciennement, dès le moment qu'un Bail ou une Garde étoient acceptés, les créanciers du mineur pouvoient agir contre le Bailliſtre ou le Gardien, & s'ils étoient présens, ils étoient obligés de le discuter quand il étoit solvable, à peine

de perdre leur dette ; car s'ils avoient omis cette formalité, ils ne pouvoient plus rien demander au mineur devenu majeur, ce qui fut introduit avec beaucoup d'équité, & ce qui devroit être pratiqué sévérement, parce que les mineurs en tireroient un grand avantage, & que la perte ne tomberoit que sur les créanciers négligens. *Quand aucun tient en bail*, dit Beaumanoir, *& il y a debtes, li debteurs doivent ſievir, chil qui le bail tient, & ſi chil qui le bail tient eſt bien ſouffiſant, & bons à être juſticiez, & li creanciers par ſa negligence, ou par ſa voulenté, laiſſe à pourſievir, & à requiere ſa debte à chelui qui tient le bail, juſques à tant que li hoir ait âge, & puis la demande à l'hoir, li hoir a bone défenſe, par quoi il n'eſt pas tenus à la debte païer, car il puet dire aux creanciers, vous ſçavez que j'étois tenus en bail, & étoit li bail ſouffiſant, pour moi acquitter, & avez laiſſé le bail paſſer, ſans demander voſtre debte par Juſtiche, par quoi je ne vueil eſtre tenus à répondre ; & en tel cas il ne répondra pas, ainchois convenra que li creanciers quierent ſa debte à cheli qui tint le bail, &c.*

Mais comme il y auroit eu de l'injuſtice de mettre les créanciers en danger de perdre leurs dettes, pour forcer les Gardiens à faire leur devoir, il fallut néceſſairement faire enſorte que les Gardes fuſſent tellement publiques, que tout le monde pût en avoir connoiſſance ; & ce fut par cette raiſon qu'on introduiſit qu'elles ſeroient acceptées en Jugement : *Id eſt judice pro tribunali ſedente.* Tellement qu'au défaut de cette ſolemnité, l'acceptation des Gardes eſt nulle ; ce qui n'avoit pas encore été bien expliqué.

Et eſt tenu le Gardien noble ou bourgeois de faire inventaire.] Anciennement à Paris, ſelon l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, chap. 41,

p. 270, *celui qui avoit la Garde des enfans nobles* faisoit siens les meubles & les fruits. Et comme l'inventaire ne se fait principalement que pour la conservation des meubles qui appartiennent aux enfans, on n'obligeoit point alors le Gardien noble à faire *inventaire*.

Quant au Gardien bourgeois, l'Auteur du grand Coutumier s'explique ainsi en la pag. 269:

« Par l'Usage & Coutume notoire gardée & » & observée en la Ville & Banlieuë de Paris, » li survivant de deux conjoints par mariage, » soient-ils gens de pooste, ont la Garde de leurs » enfans & font *les fruits siens de leur héritage*, se » il leur plaist, en les nourrissant tout ainsi comme » il est *accoustumé* entre Nobles.

» Aussi en ladite Ville & banlieuë le survivant a la *Garde des biens meubles de leurs enfans* » *après l'inventaire*, soit sans bailler caution, » *maxime* quand celui survivant est de bon nom, » non dissipeur *& possidens immobilia sufficientia* » *ad restitutionem, alias non* ».

Lorsqu'en 1510 on travailla à la rédaction de cette Coutume, on ôta aux Gardiens nobles le gain des meubles qu'ils avoient eu jusqu'alors en pleine propriété, mais sans les assujettir néanmoins *à en faire inventaire*. Et quant aux *Gardiens bourgeois*, on ordonna par l'article 102 qu'ils *feroient inventaires*, & qu'ils *seroient tenus de donner caution*.

Et enfin par cet article on égala le *Gardien noble* & le *Gardien bourgeois*, en ce qu'il fut statué que l'un comme l'autre seroit tenu de *faire inventaire*. Mais comme tous ces articles ne s'expliquent pas suffisamment à ce sujet, la question a été de savoir quelle devoit être la peine du Gardien noble & bourgeois qui avoit négligé de faire inventaire.

Nos Commentateurs traitent ici cette question ; & entr'autres Me. de Renuſſon dans ſon *Traité des Gardes*, chap. 4, n. 7, où il dit que la commune opinion du Palais eſt que dans la Coutume de Paris les peres, meres, aïeuls & aïeules qui ont accepté la Garde, ne doivent pas en perdre le bénéfice pour n'avoir point fait inventaire. Ce qui n'eſt pas vrai indiſtinctement. Et comme le droit de Garde conſiſte en partie dans *l'adminiſtration des meubles*, ſuivant l'article 267, il eſt juſte qu'il perde ce droit *d'adminiſtration* que la Coutume lui donne. Auſſi voit-on, dans le paſſage rapporté ci-deſſus, de l'Auteur du grand Coutumier, que le Gardien bourgeois n'avoit l'adminiſtration des meubles que du jour de l'inventaire.

Mais quant à la *jouiſſance des immeubles qu'ils ont*, comme elle n'a rien de commun avec *l'inventaire*, il n'eſt pas juſte que par le défaut d'inventaire le Gardien la perde. Ce qui a été très-bien remarqué par Me. Charles du Molin ſur l'article 174 de la Coutume du Bourbonnois, qui dit que *le pere eſt adminiſtrateur légitime des biens maternels & adventifs de ſes enfans* étant en ſa puiſſance, qu'il en fait les fruits ſiens, & qu'il eſt tenu de faire inventaire de leurs biens. Ou cet Auteur a mis cette note ſur les mots *inventaire de leurs biens*, TAMEN HOC OMISSO NON DESINIT FACERE FRUCTUS SUOS, *quia inventarium nihil habet commune cum reliquis. Adde Jaſonem, Conſil. 157, libro 4.*

Et outre, celui qui a la Garde bourgeoiſe doit donner caution.] Il en faut, ce ſemble, autant dire du Gardien noble, s'il a un grand nombre de créanciers. La queſtion s'étant préſentée au Châtelet, le Prévôt de Paris condamna le Gardien noble, en ce cas, à donner caution ; mais le Gardien

Gardien en ayant interjetté appel, la Cour en infirmant la Sentence par son Arrêt du 11 Juillet 1678, ordonna que le tuteur onéraire, qui avoit été créé pour les mineurs, auroit l'administration de leur bien, à la charge d'en rendre compte de six mois en six mois, & que ce qui resteroit entre ses mains des fruits & des revenus de leurs immeubles, les charges auxquelles le Gardien noble étoit obligé par la Coutume, *payées & acquittées*, seroit baillé par lui au pere, Gardien noble, pour en disposer ainsi qu'il aviseroit bon être. *Voyez* M. Soefve, tom. 2, Centurie 4, chap. 23, p. 382.

ARTICLE CCLXX.

Les Mineurs en Garde, ont encore des Tuteurs pour intenter leurs actions réelles & personnelles, & pour défendre à ces actions.

Pendant ladite Garde noble ou bourgeoise, sont élus Tuteurs & Curateurs ausdits Mineurs, si besoin est, pour intenter, défendre & déduire les actions réelles & personnelles, autres que pour les fruits, & revenus échus pendant ladite Garde. Et lesdits Gardiens, n'étans Tuteurs, ne les peuvent intenter & déduire.

Il n'y avoit autrefois de différence entre les Gardiens & les Tuteurs, qu'en ce que les Tuteurs conservoient les biens des Pupilles, au

lieu que les Gardiens les uſurpoient. Suivant un des Capitulaires de nos Rois, de l'an 829, les Tuteurs ne pouvoient défendre aux actions réelles intentées contre leurs Mineurs en qualité d'héritiers, ni intenter pour eux ces actions, parce qu'elles étoient ſuſpendues juſqu'à ce que les Mineurs euſſent atteint l'âge de majorité, qui étoit pour les mâles, dans les bas ſiecles, à vingt ans accomplis à l'égard des Fiefs, & à quatorze accomplis à l'égard des biens en roture. *Vide ſtil. parlam. tit. 17, n. 3, & tom. 1, capitular. col. 670, addit. 4, cap. 118, 162.*

Philippe de Valois abrogea cet ancien Droit en 1330. Et afin que les Gardiens ne négligeaſſent point les affaires des Pupilles, en n'entreprenant point pour eux des procès néceſſaires, dans la crainte d'en payer les frais, il ordonna qu'en cas de Garde, il ſeroit pourvu aux Mineurs de Tuteurs ou de Curateurs. En 1498 il y eut Arrêt en la maiſon de Saint-Theran, par lequel il fut jugé, ſuivant cette Ordonnance, que le Gardien noble ne pourroit point agir, mais qu'on feroit créer un Tuteur ou un Curateur; & c'eſt ſur cette Ordonnance & cet Arrêt, que cet article a été fait. *Vide Aufrerium ad cap. 17, ſtil. Parlam. lit. B.*

ARTICLE CCLXXI.

Les qualitez de Gardien & de Tuteur sont compatibles.

Celui qui a la Garde noble ou bourgeoise, peut être Tuteur ou Curateur, & sont les deux qualitez compatibles en une même personne.

Celui qui a la Garde noble ou bourgeoise peut être Tuteur.] Mais celui qui est Tuteur ne peut plus régulièrement être Gardien.

TITRE TREIZIEME.

DES DONATIONS ET DON MUTUEL.

AFIN qu'un Don soit parfait, il faut deux choses.

La *premiere*, qu'il y ait une personne qui *donne*.

Et la *seconde*, qu'il y ait une personne qui *accepte* le Don qui lui est fait.

Si l'un ne donne pas, & si l'autre par erreur accepte ce qui ne lui est pas donné, il n'y a pas certainement de Don.

Et par la même raison si l'un donne, & si l'autre n'accepte pas, il est évident qu'il n'y a pas encore de Don, *absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat, sibi habere eum jubeas donari recte potest. Sed si nescit rem, quæ apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi, non acceperit, donatæ*

rei Dominus non fit. Etiam si per servum ejus cui donabatur missa fuerit nisi ea mente servo ejus donata fuerit ut statim ejus fiat. Lege 10, Dig. de Donationibus. Et de-là vient que, suivant notre usage, il n'y a point de Donation sans acceptation. *Voyez* Ricard *des Donations*, chap. 4, sect. 1.

Cela posé l'on demande si la Donation est un *contrat?* Et il y a lieu, ce semble, de dire qu'elle en est un, puisqu'il y faut le consentement de deux personnes.

Mais il faut observer que toutes les fois que deux personnes conviennent d'une même chose il n'y a pas de contrat; & qu'afin qu'il y ait un contrat, il faut que leur consentement mutuel contienne un négoce & produise une obligation & une action; ce qui a fait définir le contrat, *duorum pluriumve in idem placitum consensus obligationem civilem pariens & actionem.*

Comme dans l'ancien Droit Romain, il n'y avoit pas de Donation *sans tradition actuelle*, la Donation n'étoit alors qu'une libéralité & non un contrat, parce que quand elle étoit acceptée, tout étant consommé sur le champ & à l'heure même, il n'en résultoit aucune obligation civile, ni par conséquent aucune action. Ce qui a donné lieu à Cujas, dans ses *Paratilles*, de définir la Donation. *Alienatio rei quæ liberalitatis causâ fit, ut nullo jure recipiatur.* Ad tit. Codicis de Donationibus. *Vide Legem primam. Cod. Theodos. de Donationibus; Jacobum Gothof. ad Leg. Cod. Theodos. de Donation. & Maranum ad eundem, pag. 859, 860.*

En l'année 530, Justinien changea ce Droit, & ordonna qu'à l'avenir la Donation seroit un contrat qui recevroit sa perfection du consentement des Parties, comme l'achat & la vente. C'est la décision formelle de la Loi *si quis argen-*

tum, *Cod. de Donationibus*, qui eſt ſi claire qu'on ne conçoit pas comment il s'eſt pu trouver des Auteurs pour ſoutenir que depuis Juſtinien la Donation n'a pas été contrat. *Itaque*, dit Maran, Auteur sûr, & ſur lequel on peut compter, *verè dici poteſt Donationem hodie contractum eſſe, nec minus conſenſu perfici, quam emptionem, ut in hac traditionem, non ſubſtantiam actus ſed effectum eſſe*, §. *perficiuntur*, *Inſtit. hoc titulo. Ut cum olim factum eſſet & actus dandi, nihil aliud eſſet quam deſtinatio donandi. Hodie ſit conſenſus, & nuda voluntas. Quibus conſequens donationem hujuſmodi ſi juris rationem intueamur donationem jam non eſſe cum obligatio contrahatur, & deſiiſſe eſſe donationem, ſtrictâ ratione, amiſſâ propriâ formâ. Junge Cujacium ad tit. Codicis de Donationibus & ad Legem ſi quis argentum & lib. 10, obſ. cap. 28.*

Parmi nous, ſuivant l'article 294, *donner & retenir ne vaut;* & par conſéquent, comme il n'y a pas ici de Donation ſans tradition, il s'enſuit qu'ici, ſuivant l'ancien Droit Romain, la Donation n'eſt pas un contrat.

On répond que parmi nous *la tradition actuelle* n'eſt pas requiſe pour la Donation, comme chez les anciens Romains, & qu'il ſuffit que *la tradition de la choſe donnée ſoit faite pendant la vie du Donateur*, enſorte qu'il n'en décede pas ſaiſi. Et comme le Donataire a action tant que le Donateur vit, pour ſe faire livrer la choſe, il s'enſuit que la Donation entre-vifs eſt parmi nous un contrat, ſuivant la Loi *ſi quis argentum*. Vide *Maſium*, *lib. 5*, *ſingularium opinionum*, *cap. 9.*

Comme il y a des Donations entre-vifs, il y en a auſſi à cauſe de mort; & l'on demande ſi toutes les Donations à cauſe de mort ſont des dernieres volontés? Cette queſtion eſt traitée

par Antoine Faber de *Erroribus*, *Decade 43*; *cap. 6*, *& per Mazius*, *lib. 6*, *singularium opinionum*, *cap. 6*, *num. 10*, *pagina 663*, & sans entrer dans leurs raisons que le Lecteur verra, s'il lui plaît.

On remarquera seulement ici, qu'il y a deux sortes de Donations à cause de mort.

Une simple & ordinaire, qui est toujours révocable, *Lege cum hic status 32*, §. *pœnitentiam*, *Dig. de Donationibus inter virum & uxorem*, *Leg. 4. D. de alimentis legatis Lege mortis causa Donatio 16*, *de mortis causa Donationibus.*

L'autre par contrat, avec pacte ou convention qu'elle ne pourra être révoquée; & l'on peut dire, avec quelque raison, que celle-ci n'est pas un acte de derniere volonté, *mortis causa donatio fit multis modis . . . nam & sic potest donari, ut omninò ex ea valetudine donatore mortuo, res non reddatur, & ut reddatur etiam si prior ex eodem valetudine decesserit, si tamen mutatâ voluntate restitui sibi voluerit sic quoque donari potest, mortis causâ ut nullo casu sic repositione si convaluerit quidem donator. Leg.* §. 4, *de donationibus causa mortis.* Vide *aut Fabrum de erroribus*, *Decade 45*, *cap. 1*; *Mazium*, *libro 5*, *singul. opinionum*, *cap. 12*, *& Berengorium Fernandum*, *pag. 448*. Et comme ces secondes Donations à cause de mort, ne tombent pas dans le cas de l'article 274 ci-après, il est très-certain qu'elles sont inconteſtables, pourvu néanmoins qu'elles soient revêtues des formalités requises pour les Donations entre-vifs, parce qu'il y a parité de raison.

Il faut à présent observer qu'anciennement à Paris, les conjoints ne pouvoient point se donner entre vifs; mais par testament, l'un pouvoit donner à l'autre le tiers de ses propres en pleine propriété. Le chapitre 112 du premier Livre *des*

Etabliſſemens de France, le décide ainſi ; d'où l'on l'on a pris, en partie, l'article 243 de la Coutume de Touraine, qui contient une pareille diſpoſition. Ce chapitre eſt conçu dans les termes qui ſuivent :

Dame ne puet rien donner à ſon Seingneur en aumoſne tant comme elle ſoit ſeine, que li dons fuſt pas eſtables ; car par avanture ele ne l'auroit pas fet en ſa bone volonté, ainſi li auroit donné, pour ce que il ne li en fuſt pis, ou par le grand amor, que il auroit à lui ; & pour ce, ne lui puet-ele donner de ſon mariage, mès avant que ele l'euſt pris, ele li porroit bien donner le tiers de ſon heritage, ou à ſa mort quand elle ſeroit malade, pourvu qu'il n'y eût hoir mâle.

Dans la ſuite on n'a plus voulu permettre les Donations entre conjoints, à moins qu'elles ne fuſſent mutuelles & réciproques ; & lorſqu'elles étoient mutuelles on les permit, même en propriété, comme il ſe voit dans l'article ſuivant, qui eſt le 58 des Coutumes toutes notoires, jugées au Châtelet de Paris depuis l'an 1300, juſqu'en 1380.

Mari ne puet rien donner à ſa femme en teſtament ou autrement, ſe ils ne font don mutuel, ſoit à vie ou à heritage, *& ſoit meuble ou immeuble ; & ſe ils le font, tout eſt nul, car ils ne peuvent faire contrat valable l'un à l'autre*, notiſſima.

L'Auteur du grand Coutumier écrit à peu près la même choſe, liv. 2, ch. 33, mais il remarque que de ſon temps il ſuffiſoit qu'il y eût des enfans du mariage, ſans diſtinction de mâles ou de femelles, afin que le don mutuel fût nul.

Nota, dit-il, *ſecundùm conſuetudinem Pariſienſem, quod uxori in vita nihil donare poſſum, vel in morte legare poſſumus ; tamen invicem facere donationem mutuam omnium bonorum, quæ quidem*

donatio valet & tenet, non extantibus liberis; aliàs non.

Enfin le Don mutuel a été restraint aux meubles & conquêts, & à l'usufruit de ses biens seulement. *Voyez* l'article 155 de l'ancienne Coutume de Paris.

ARTICLE CCLXXII.

Les Majeurs de vingt-cinq ans peuvent disposer entre-vifs de tous leurs biens, & les Mineurs qui ont vingt ans, de leurs meubles, s'ils sont mariez ou émancipez.

Il est loisible à toute personne, âgée de vingt-cinq ans accomplis, & saine d'entendement, donner & disposer par Donation & disposition faite entre-vifs, de tous ses meubles & heritages propres, acquêts & conquêts à personne capable. Et néanmoins celui qui se marie, ou qui a obtenu benefice d'âge enteriné en justice, peut, aïant l'âge de vingt ans accomplis, disposer de ses meubles.

Peut, ayant l'âge de vingt ans accomplis, disposer de ses meubles.] Voyez la derniere note sur l'article 293.

De tous les meubles & héritages propres, & conquêts.] On demande si la personne âgée de vingt-cinq ans accomplis, & saine d'entendement, peut donner *tous ses biens présens & à venir?* Il y a

peu de questions qui aient été tant agitées par les anciens Commentateurs du Droit, & par les nouveaux, que celle-ci, & ils ont été presque tous d'avis, après Barthole, qu'une telle Donation étoit nulle, sur le fondement unique qu'une telle Donation ôteroit à celui qui l'auroit faite, *la liberté de tester;* ensorte que quand le Donateur s'est réservé de quoi faire testament, ils sont tous convenus qu'une telle Donation étoit bonne. Les Auteurs qui suivent ont discuté exactement cette question. *Marianus Socinus Nepos ad Legem stipulatio hoc modo, Dig. de verborum obligationibus, folio 127, 128, &c. Gonzalez, Florez, lib. variarum quæstionum, cap. 30; Anton. Faber de erroribus pragmaticorum, Decade 48, error. 6; Torre de pactis futuræ successionis, lib. 3, cap. 5; Fachineus libro 6, controversiarum, cap, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, & Tessaurus, decision. 199; Brochorstius, centuriâ 3, cap. 71.*

Mais comme, selon nos maximes, la faculté de tester n'est pas de grande considération, il s'ensuit, selon tous ces mêmes Auteurs, que les Donations *de biens présens & à venir*, sont bonnes parmi nous, contre l'avis de Ricard, que l'on a réfuté dans le chapitre 4 du Traité des *Institutions contractuelles*, nombre 58, & selon le sentiment de Cujas dans son Commentaire sur la Loi 35, *Cod de Donationibus. Si quis quærat*, dit-il, *an etiam valeat Donatio omnium bonorum præsentium & futurorum? Dicam si perficitur nudo consensu, vel stipulatione, ut voluit Justinianus in hac Lege procul dubio etiam futurorum Donatio valet, sicut pignus nudo consensu constituitur omnium bonorum præsentium & futurorum. Leg. 1 supra de remissione pignoris, Leg. ult. sup. Quæ res pignori & si perficitur stipulatione, certum est res futuras recte*

deduci in ſtipulatum. Leg. interdum de ſtipulationibus, & res futuræ etiam poſſunt legari, quod genus eſt Donationis.

At ſi Donatio perficitur traditione corporali, ut voluit Conſtantinus & veteres voluerunt, & uſus magis probat, evidentiſſimum eſt non conſiſtere rerum futurarum Donationem quia rerum quæ nondum ſunt nulla fieri poteſt traditio. Neque tamen ex eo ſequitur quod voluit Nicolaus Valla, Senator Pariſienſis, inutilem eſſe Donationem præſentium & futurorum, quod futurorum quæ eſt inutilis importet prejudicium Donationi præſentium, quæ per ſe eſt utilis, conjuncta eum Donatione futurorum eſt inutilis male, quia in Donatione jam illud eſt abſolutum. Et iteratum ſæpius, utilem partem Donationis, non vitiari per inutilem, &c.

Mais on demande ſi ces diſpoſitions valent comme Donations *entre-vifs*, ou Donations *à cauſe de mort*. Quelques-uns de nos Auteurs ſe ſont imaginés que dans cette Donation, il y en avoit deux, une *entre-vifs*, *des biens préſens*, & l'autre *à cauſe de mort*, *des biens à venir*; & en cela ils ſe ſont parfaitement trompés.

Pour connoître la nature de ces Donations, il n'y a qu'à voir ſi celui à qui elles ont été faites, a action contre le Donateur, pour ſe faire livrer les biens que le Donateur acquiert poſtérieurement au Don, ou s'il ne l'a pas; & comme il eſt indubitable qu'il l'a, il s'enſuit que la Donation de ces biens a été faite entre-vifs. Quant à l'inſinuation, voyez ce qu'on remarque ſur l'article 284 ci-après.

Si le Donateur des biens *préſens & à venir*, s'eſt réſervé l'uſufruit pendant ſa vie, cette réſerve, par laquelle les biens que le Donateur acquiert depuis, tombe, pour ainſi dire, dans la tradition feinte & tacite, comme il eſt dit dans

la Loi 1 & 2, Dig. *pro socio ;* cette réserve n'empêche pas que la Donation ne soit toujours entre-vifs ; & s'il n'y a point de réserve d'usufruit, ni de clause de constitut & de précaire, le Donataire a, comme on l'a dit, action tant que le Donateur vit, pour se faire faire la tradition de tous les biens que le Donateur avoit dans le temps de la Donation, & encore de tous ceux que le Donateur a acquis depuis. *Vide Socinum Nepotem ad Legem stipulatio, n. 93, p. 128.*

Mais lorsque la Donation est faite des biens présens & des biens à venir que le Donateur *aura au jour de son décès*, elle est totalement nulle par la raison des articles 273, 274, & parce qu'elle est Donation à cause de mort. *Voyez la note sur l'article 273.*

A personne capable.] Nous rapporterons ici un Arrêt qui a jugé que le Concubin & la Concubine ne peuvent, en s'épousant, se donner leurs biens par contrat de mariage.

Donation faite par Contrat de mariage à une Concubine, déclarée nulle.

Du Vendredi 16 Mars 1663, entre Messire François Ours Miron, Chevalier, Seigneur de Bry-sur-Marne, Conseiller du Roi en ses Conseils, Président ès Enquêtes du Parlement ; & Dame Marie Renfart son épouse, héritiere par bénéfice d'inventaire, de défunt Messire Armand du Fay Bergeron, vivant, Seigneur de Pommeray, Conseiller, & Maître d'Hôtel du Roi, appellant comme d'abus de la prétendue célébration de mariage dudit du Fay Bergeron, avec Françoise-Lucrece Duhamel, intimée, ci-après nommée, & encore appellans de deux Sentences rendues aux Requêtes du Palais, les

3 Février & 30 Mars 1662, & intimés d'une part; & ladite Duhamel, veuve dudit défunt Messire Armand du Fay Bergeron, intimé & appellant d'une Sentence rendue aux Requêtes du Palais, le 20 Octobre 1661; d'une autre Sentence du Juge de Châteauneuf, rendue en conséquence le 21 dudit mois d'Octobre; ensemble de l'exécution des Lettres d'examen à futur obtenues en Chancellerie par lesdits Sieurs & Dame Miron, le 10 Décembre en suivant, d'autre part; & encore entre lesdits sieurs & Dame Miron, Demandeurs, en Lettres par eux obtenues en Chancellerie le 27 Mai 1662, à fin de récision du prétendu contrat de mariage portant Donation universelle, mutuelle, passé entre ledit défunt Bergeron & ladite Duhamel le 24 Octobre 1650; ce faisant qu'ils fussent maintenus & gardés en la possession & jouissance dudit bien de la succession dudit défunt du Fay Bergeron, d'une autre part; & ladite Duhamel, Défenderesse, d'autre part; & encore lesdits Sieurs & Dame de Miron, Demandeurs en Requête par eux présentée en la Cour, le 19 Juin 1662, à fin d'évocation du principal différent d'entre les Parties, pendant aux Requêtes du Palais, aux fins de la requête présentée par ladite Duhamel auxdites Requêtes du Palais, le premier Décembre 1661, à fin qu'en conséquence de la susdite Donation, délivrance lui fût faite de tous les effets de la succession dudit défunt du Fay Bergeron, que main-levée lui fût faite de toutes les saisies faites à la requête desdits Sieurs & Dame Miron, nonobstant lesquelles les Fermiers & Débiteurs vuideroient leurs mains avec dépens, dommages & intérêts, d'une part; & ladite Duhamel, Défenderesse, d'autre; & encore entre Dame Marie-

Renée le Bigot, veuve de défunt Meſſire Geoffroy-Céſar de Montaignac, vivant, Chevalier, Seigneur de Deſtauſannes, héritier par bénéfice d'inventaire dudit défunt du Fay Bergeron, Demandereſſe en requête préſentée à la Cour le 22 Juin 1662, à ce qu'elle fût reçue Partie intervenante en ladite Inſtance, & appellante de ladite Sentence rendue aux Requêtes du Palais, le 30 Mars 1662; & faiſant droit ſur ſon intervention & appellation, qu'elle fût maintenue & gardée en la poſſeſſion de tous ſes biens, tant meubles qu'immeubles qui avoient appartenus audit défunt du Fay; ladite Duhamel condamnée lui rendre & reſtituer les ſommes de deniers qu'elle peut avoir touchés en vertu de ladite Sentence, & généralement de tous les deniers, meubles, titres & papiers qu'elle peut avoir entre les mains appartenant à ladite ſucceſſion, & ce ſans avoir égard à la prétendue Donation portée par ledit prétendu contrat, d'une part; & leſdits Sieurs & Dame Miron & ladite Duhamel, Défendereſſe, d'autre part; & encore entre ladite Duhamel, Demandereſſe en requête par elle préſentée à la Cour, le 4 Juillet 1662, à ce que faiſant droit ſur leſdites appellations & interventions, leſdits Sieurs & Dame Miron fuſſent déclarés non recevables en leurs appellations; & faiſant droit au principal, dont elle conſentoit l'évocation, ſans avoir égard auxdites Lettres d'examen à futur, & de reſtitution de l'effet & entérinement deſquelles leſdits Sieurs & Dame Miron ſeroient déboutés, elle fût maintenue & gardée en la qualité de Veuve & Donatrice univerſelle dudit défunt du Fay, ſon ſecond mari; enſemble en la poſſeſſion & jouiſſance de tous ſes biens, tant meubles qu'immeubles,

acquêts & conquêts & propres délaissés par ledit défunt du Fay Bergeron, défense auxdits Sieurs & Dame Miron & le Bigot & tous autres de la troubler, lui faire pleine & entière main-levée de toutes les saisies faites à la requête desdits Sieurs & Dame Miron, ordonner que les Sequestres, Fermiers, Débiteurs, vuideront leurs mains ès siennes, à ce faire contraints comme Dépositaire, ce faisant déchargés; ordonner que les Lettres d'examen à futur & de récision, & autres Actes injurieux demeureront supprimés, & lesdits Sieurs & Dame Miron & le Bigot condamnés aux dommages & intérêts, & en tous les dépens tant des causes principales que d'appel, Lettres d'une part; & lesdits Sieurs & Dame Miron & le Bigot, Défendeurs, d'autre part; & encore Dlle. Mag. de Normandin, femme séparée, quant aux biens, de Philippe de Bellair, Ecuyer, Sieur de Domieux, son mari, & néanmoins de lui autorisée par leur contrat de mariage pour la poursuite de ses droits, Demanderesse en requête pareille, présentée à la Cour le 18 Juillet 1662, à ce qu'elle fût reçue Partie intervenante en ladite Instance, pour y déduire ses intérêts, d'une part; & lesdits Sieurs & Dame Miron & ladite Duhamel, Défendeurs d'autre; & encore entre Me. Hervé Bergeron, ci-devant Notaire au Châtelet de Paris, soi disant cousin paternel dudit défunt du Fay Bergeron, & habile à se dire & porter son héritier, Demandeur en requête présentée à la Cour le 3 Août 1662, à ce qu'il fût pareillement reçu Partie intervenante en ladite Instance pour y déduire ses intérêts; & en conséquence, que les biens paternels dudit défunt du Fay Bergeron lui fussent adjugés, nonobstant les prétendues

Donations dont ladite Duhamel se veut servir & aider, d'une part; & lesdits Sieurs & Dame Miron, & ladite Duhamel, d'autre part, sans que les qualités puissent nuire ni préjudicier. Après que Langlois, pour lesdits Sieurs & Dame Miron; Fontenay, pour ladite de Normandin; Taffier, pour ladite le Bigot, Dupré, pour ledit Bergeron; Cheunot, pour ladite Duhamel, ont été ouïs; ensemble Bigot, pour le Procureur-Général du Roi.

LA COUR, en tant que touche l'appel comme d'abus, l'appel de la Sentence du Sequestre & des Lettres d'examen à futur, a mis & met, sur les appellations, les Parties hors de Cour & de Procès; & sur le surplus, les appellations, & ce dont a été appelié, au néant; émendant, déclare la Donation portée par le contrat de mariage, de la Partie de Cheunot, nulle; ce faisant, a maintenu & gardé les Parties de Langlois, Fontenay, Dupré & de Taffier, en possession & jouissance des biens délaissés après le décès du défunt du Fay Bergeron, tant du côté paternel que maternel, sur iceux préalablement pris les conventions matrimoniales de la Partie de Cheunot, sans dépens; condamne néanmoins la Partie de Langlois en 37 liv. 10 s . . .

ARTICLE CCLXXIII.

On ne peut donner & retenir.

Donner & retenir ne vaut.

On a déjà remarqué ci-dessus, sur ce titre; que, suivant l'ancien Droit Romain, les Dona-

tions entre vifs étoient nulles lorſqu'il n'y avoit pas eu de *tradition*, parce que les anciens Romains ne regardoient pas la Donation entre-vifs comme un *contrat*, mais comme une *aliénation naturelle & civile.*

En l'année 316, Conſtantin ordonna, ſuivant cet ancien Droit, *qu'il n'y auroit pas de Donation ſans tradition, Lege 1, Cod. Th. de Donationibus.* Mais en l'année 530, Juſtinien changea tout ce Droit, en *faiſant de la Donation un contrat.*

Nous avons fait un mêlange de ces deux Droits. Nous avons voulu que la Donation fût un *contrat*; & de-là vient que quand elle ſe fait *ſans tradition actuelle*, elle eſt nulle par le défaut *d'acceptation*, & que quand elle a été acceptée, il y a *action* comme dans le nouveau Droit Romain, pour obliger le Donateur à la tradition, §. 2, *Inſtitut. de Donationibus verſ. perficiuntur, Leg. ſi quis argentum, Cod. de Donationibus.*

Mais nous avons voulu qu'elle fût nulle par le *défaut de la tradition*, non par le défaut de *tradition actuelle*; c'eſt-à-dire, de la tradition faite dans le temps de la Donation, *mais par le défaut de tradition faite pendant la vie du Donateur*; de ſorte que quand le Donateur eſt mort ſans avoir fait la tradition de la choſe donnée, nous diſons *qu'il l'a retenue*, & qu'ainſi il n'en a point diſpoſé, parce que ce n'eſt pas donner que de retenir ce que l'on donne.

On demande ſi la regle, *donner & retenir ne vaut*, a lieu à l'égard des Donations à cauſe de mort?

Et comme ces Donations n'en ſont pas exceptées, il faut dire qu'elles ſont nulles, parce qu'elles ſont de leur nature révocables. Et elles

ſont encore nulles, parce que ſi l'on les admettoit, ce ſeroit en vain qu'on auroit introduit pluſieurs formalités, pour empêcher les ſujétions dans les teſtamens, puiſque par cette voie on pourroit s'en affranchir.

Brodeau, ſur M. Louet, lettre D, ſommaire 10, ſoutient néanmoins que la regle, *donner & retenir ne vaut*, n'a pas lieu dans les Donations à cauſe de mort, univerſelles; & il rapporte deux Arrêts qui ont jugé qu'une Donation de tous les meubles & acquêts que le Donateur auroit au jour de ſon décès, étoit bonne; mais quand, ſans raiſon, on veut faire de telles exceptions, il n'y a pas de diſpoſitions d'articles que l'on n'élude.

Il y a quelques années que Jean-Baptiſte Guynier, Maître Corroyeur, fit une Donation univerſelle *de tous les biens qu'il avoit au jour de ſon décès*, à Antoine Leblanc, Maître Sellier-Carroſſier à Paris, & à Françoiſe Coté ſa femme.

Les héritiers *ab inteſtat* de Jean-Baptiſte Guynier ayant conteſté cette Donation, il y eut deux Sentences au Châtelet, l'une du 25, & l'autre du 30 Janvier 1710, qui la confirmerent.

Jean-Baptiſte Guynier avoit, comme on le voit, *donné & retenu*, puiſqu'il étoit mort ſaiſi des choſes données. La Donation étoit univerſelle; &, par conſéquent, il ſembloit que la regle, *donner & retenir ne vaut*, n'avoit pas lieu en Donation univerſelle, comme le diſoit Brodeau.

Mais par Arrêt du 3 Février 1713, la Donation a été déclarée nulle, & avec raiſon.

Celui qui donne tous les meubles & acquêts qu'il aura au jour de ſon décès, *fait conſtamment une ordonnance de derniere volonté*; & il faut tenir que toute ordonnance de derniere volonté eſt nulle, quand les formalités requiſes par l'art. 284

pour la validité des testamens, n'y ont pas été observées.

Il faut observer que par contrat de mariage on peut donner & retenir. *Vide Leg. 8, Cod. Theod. de sponsalibus, tom. 1, p. 272; & Legem 4, Cod. de Donationibus.*

ARTICLE CCLXXIV.

Ce que c'est que donner & retenir.

C'est donner & retenir quand le Donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession jusques au jour de son decez.

Cet article explique le précédent, & il nous apprend que c'est *donner & retenir*, quand *on se réserve la liberté ou le pouvoir de disposer de la chose donnée*; ainsi c'est inutilement qu'il fera la tradition de la chose donnée, si dans le temps qu'il la livre, ou qu'il la transporte, il se réserve la liberté d'en disposer.

Cet article nous apprend que c'est encore avoir *donné & retenu, que d'être demeuré jusqu'à son décès en possession de la chose que l'on a donnée*; & la raison de cette Jurisprudence est que nos peres tenoient pour maxime que tant que la Donation n'avoit pas reçu sa perfection par la *tradition*, elle pouvoit être *révoquée* par une volonté contraire ou expresse, ou tacite, & que c'en étoit une tacite que de *retenir* la chose donnée pendant toute sa vie.

Nous apprenons cette singularité de Glanville, Jurisconsulte Anglois, liv. 7, chap. 1: *Qui libet*

etiam cuicumque voluerit, potest dare quandam partem sui liberi tenementi in rememorationem servicii sui, vel loco religioso, in Eleemosynam, ita quod si donationem illam saisina fuerit secuta perpetuo remanebit illi cui donata fuerit terra illa & heredibus suis si hereditario jure fuerit concessa, si vero donationem talem nulla fuerit secuta saisina nihil, post mortem donatoris ex tali donatione contra voluntatem heredis efficaciter peti potest, quia id intelligitur secundum consuetam regni interpretationem potius esse nuda promissio, quam aliqua vera promissio, vel donatio, &c.

L'article 44 des Loix de Thibaud, Comte de Champagne, peut beaucoup servir à l'intelligence de cet article, en voici les termes: *Encore use l'est en Champagne, que se uns homme ou une femme donnent à une autre maisons ou autres heritages, & ils s'en devestent par Justice & l'en revestent par Justice, & en font letres, là où il soit contenu qu'ils le quittent & li donnent quanques il y ont, & toute voies, li deveteres retien & en demeure saisis sans ce qu'il n'en paye loyer, ne nulle redevance, & celi à qui aura fait li Don*, li Don ne vaudra riens contre l'oir dou mort, *parce que par Droit commun, & par Coutume de Champagne*, donner & retenir ne vaut rien. Ce qui est décidé dans cet article ne peut se concilier avec les *démissions* de biens & toutes les prérogatives que les Praticiens leur donnent. Joignez l'Auteur du grand Coutumier, liv. 2, ch. 28, p. 179, 180. *Vide Conf. Tholes, lib. 3, tit. de homagiis, art. 1; & Legem omnes 17. Dig. quæ in fraudem creditorum.*

ARTICLE CCLXXV.

Ce n'eſt pas donner & retenir, quand on donne avec rétention d'uſufruit, ou clauſe de conſtitut & précaire.

Ce n'eſt donner & retenir quand l'on donne la proprieté d'aucun heritage retenu à ſoi l'uſufruit, à vie ou à tems, ou quand il y a clauſe de conſtitut ou precaire, & vaut telle Donation.

Cet article explique les deux précédens. Et il nous apprend que ce n'eſt pas *donner & retenir*, lorſque le Donateur reſte, pendant ſa vie, en poſſeſſion de la choſe donnée, pourvu ſeulement qu'il y en ait eu une tradition feinte par *rétention d'uſufruit, conſtitut ou précaire*; car, comme dit très-bien Morau, il ne peut jamais y avoir de Donation ſans *tradition feinte ou réelle. Donatio ſine traditione vera vel ficta conſtitui non poteſt at conſequenter nec ſine acceptatione*, p. 859.

Ce qui eſt ici décidé n'avoit pas laiſſé que de faire quelque difficulté; car nous apprenons d'Henry Bracton que la tradition feinte & imaginaire ne ſuffiſoit pas pour dépoſſéder le Donateur, à moins qu'on ne fût certain de ſa volonté. *Non valet Donatio niſi ſubſequatur traditio. Nege per imaginariam traditionem, ubi corpore recedit, & animo retinet poſſeſſionem & vult potius quod res data apud eum remaneat quam tranſeat ad Donatorium & unum agit & alterum agere ſimulat.* Mais l'on a jugé par-tout que la rétention d'uſu-

fruit étoit une tradition suffisante pour la perfection des Donations. *Item, retentio ususfructus pro traditione accepitur*, a dit Bracton; & ainsi cet article est conforme au Droit commun de toute l'Europe. *Voyez* Bracton, *lib. 2, ch. 18 folio 38 verso, & 40 recto.*

Il faut cependant remarquer que cette tradition feinte n'empêche pas que le Donateur ne soit toujours regardé comme possesseur des biens universels qu'il a donnés, ni que son héritier n'en soit réputé saisi; & en cela les Donations universelles entre-vifs different des Donations particulieres. La Cour l'a ainsi jugé par un Arrêt du 22 Décembre 1553, rapporté par le Vest, chap. 58, pag. 263, 265. Et de-là vient que les Donataires entre-vifs, de quotités de biens présens & à venir, même avec rétention d'usufruit, sont tenus d'en demander la délivrance à l'héritier du Donateur, & qu'ils contribuent avec lui au paiement des dettes, comme on l'explique sur l'article 324. *Voyez* Ricard, *des Donations*, part. 1, chap. 4, sect. 1, distinct. 1, n. 920, p. 206; & part. 3, chap. 11, n. 1508, p. 759; & la Coutume du Bourbonnois, art. 213.

Ou quand il y a clause de constitut & précaire. Auzannet est d'avis que ces mots doivent être rejettés, parce que l'intelligence n'en est pas connue aux simples Praticiens, & moins encore au vulgaire, & parce que, dans l'usage, il n'y a que la simple rétention d'usufruit qui donne la faculté au Donateur de retenir la possession & jouissance de la chose donnée; mais cet avis étant sans raison, il doit être rejetté. La clause de constitut est lorsque le Donateur se constitue possesseur au nom du Donataire, ce qui est traité par *Achilles Personalis*, après tous les Docteurs, dans son Traité *de adispiscenda possessione*, n. 315,

& par *Medices de amittenda poſſeſſione*, n. 172, pag. 750, & la clauſe de *précaire ;* & lorſque le Donateur reconnoît qu'il ne jouit de la choſe donnée, que ſous le bon plaiſir & par la permiſſion du Donataire qui, à ſa priere, en veut bien uſer ainſi. *Vide Breſſonum in verbo precarium & precaria poſſeſſio.*

ARTICLE CCLXXVI.

Les Mineurs & ceux qui ſont en puiſſance d'autrui, ne peuvent donner à leurs Tuteurs & Pedagogues, ni à leurs Enfans.

Les Mineurs, & autres perſonnes étans en puiſſance d'autrui, ne peuvent donner, ou teſter directement ou indirectement au profit de leurs Tuteurs, Curateurs, Pedagogues ou autres Adminiſtrateurs, ou aux Enfans deſdits Adminiſtrateurs pendant le tems de leur adminiſtration, & juſques à ce qu'ils aient rendu compte ; peuvent toutefois diſpoſer au profit de leur pere, mere, aïeul, ou aïeule, ou autre aſcendant, encore qu'ils ſoient de la qualité ſuſdite, pourvû que lors du teſtament & decez du Teſtateur, leſdits pere, mere, ou autres aſcendans ne ſoient remariés.

Voyez l'Ordonnance de François premier, de

l'an 1539, art. 131, & celle de Henri II, de l'an 1549. *Vide J. Gothofredum de Salario, cap. 7, n. 4, 5, 6, &c.*

Ou aux enfans des Administrateurs.] C'eſt ſelon ces mêmes principes que l'article 283 décide que les *conjoints ne peuvent donner aux enfans l'un de l'autre, d'un premier mariage, au cas qu'ils, ou l'un d'eux, ayent enfans.* Voyez à ce ſujet du Luc, dans ſon Recueil d'Arrêts, lib. 8, tit. 6, chap. 1.

Pendant le temps de leur adminiſtration, & juſques à ce qu'ils ayent rendu compte.] Ainſi ſi un mineur de vingt-cinq ans, & qui a vingt ans accomplis, eſt marié ou émancipé en Juſtice, il ne pourra diſpoſer de ſes *meubles, acquêts*, & *conquêts*, au profit de ſon pere ou de ſa mere, ſous la tutelle de qui il a été, & qui ont *paſſé en ſecondes, s'ils ne lui ont pas rendu compte ;* ce qui paroît contraire à l'article 311 de la Coutume, qui déclare ſans diſtinction les peres & meres, *héritiers, ab inteſtat*, de ces ſortes de biens, après le décès de leurs enfans. Joignez l'article 243, & ce qu'on y a remarqué.

ARTICLE CCLXXVII.

Les Donations entre-vifs, faites par des malades qui ſont décedez de leur maladie, ſont reputées teſtamentaires.

Toutes Donations, encore qu'elles ſoient conçûës entre-vifs, faites par perſonnes giſans au lit malades, de la maladie dont ils décedent, ſont reputées faites à cauſe de mort & teſtamentaires, & non entre-vifs.

Touchant l'insinuation de ces Donations, voyez l'Edit de 1703, art. 2, & la Déclaration de 1708, art. 3; & touchant les Donations faites par les malades aux Médecins, voyez la Loi 10, *Cod. Th. de medicis, tom. 5, p. 37.*

Toutes Donations, &c.] C'est une maxime certaine, dans le Droit Romain, que la *falcidie* ne se prenoit pas seulement sur les legs, mais qu'elle se prenoit aussi sur les *Donations à cause de mort*, suivant la Constitution de l'Empereur Severe. *Vid. Ferrerium ad Legem falcidiam, part. 2, cap. 2, pag. 154, & Legem, ult. Cod. de mortis causâ Donationibus.*

Un pere étant *à l'extrémité de sa vie*, fit une Donation *pure, simple & irrévocable à un de ses fils qui étoit émancipé;* ses freres, héritiers de leur pere, prétendirent que cette Donation devoit être regardée comme *Donation à cause de mort*, & que par conséquent, ils devoient y avoir leur *falcidie.* Papinien, consulté sur cette affaire, répondit qu'il falloit suivre à cet égard le Droit qui s'observoit avant la Constitution de Severe, qui n'avoit été faite que pour les Donations *à cause de mort*, & que celle-ci *en étoit une entre-vifs*, quoique faite par un pere mourant, *cum pater in extremis vitæ constitutus emancipato filio quædam sine ulla conditione redhibendi donasset, ac fratres & coheredes ejus bonis contribui donationis, falcidiæ causa vellent: jus antiquum servanduum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quæ Lege certa donarentur & morte insecuta quodammodo bonis auferrentur sive retinendi peremptâ, eum autem qui absolute donaret, non tam mortis causâ, quam morientem donare. Lege seia, §. ultimo, Dig. de Donationibus causa mortis.*

Suivant le Droit Romain, ceux qui étoient *malades*

malades au lit de la mort, pouvoient donc donner *entre-vifs*. Nous avons suivi cette Jurisprudence, ainsi qu'il se voit par cet article. Et comme il parle de *Donations conçues entre-vifs*, il est, ce semble, absurde d'examiner si ces Donations sont nulles, par le défaut des solemnités requises pour les testamens, puisque ces formalités n'ont pas été introduites pour ces Donations.

Faites par personnes gissans au lit, malades de la maladie dont elles décedent.] Si ces personnes n'en décedent pas, les Donations ne sont pas réputées *testamentaires*; & comme *faites entre-vifs*, *elles sont irrévocables.*

Les malades, quoique gissant au lit de la mort, ont toujours espérance de recouvrer leur santé; & s'ils font en cet état des libéralités, c'est pour ôter à leurs héritiers, & non pour se spolier eux-mêmes. Et de-là vient qu'ils font toujours des *testamens* & non des donations conçues entre-vifs.

Si donc en cet état, les malades font des *Donations entre-vifs*, il y a lieu de présumer qu'ils les auroient faites en santé; &, par conséquent, elles doivent valoir; mais comme il y auroit eu de l'absurdité qu'un malade mourant eût pu faire plus par des dispositions *conçues entre-vifs*, que par un *testament*, les Réformateurs ont cru que c'étoit assez faire pour les héritiers *ab intestat*, que de réduire ces Donations aux *meubles*, *aux acquêts & au quint des propres.*

Sont réputées faites à cause de mort & testamentaire & non entre-vifs.] Les Réformateurs se sont servis du mot *réputées*, pour nous marquer que ce n'est que par fiction qu'on regarde ces Donations *comme testamentaires*, *& à cause de mort*, car ces mots sont synonymes. Cet article a été fait sur deux Arrêts rapportés par le Vest; le

premier, du 16 Mars 1554, qui eſt le 60 de ſon Recueil; le ſecond du 26 de Juin 1563, qui eſt le 122.

L'on demande à cette occaſion ſi, dans la Coutume de Paris, il peut y avoir des Donations à cauſe de mort; & comme ces Donations ſont de leur nature révocables à volonté, *Leg. 10*, *Leg. 32*, *Dig. de donat. cauſa mortis*, il eſt évident qu'elles ne peuvent valoir, parce que *donner & retenir ne vaut*, & que *c'eſt donner & retenir, lorſque le Donateur ſe réſerve la liberté de diſpoſer de la choſe donnée*, comme il eſt dit dans l'article 274. Cela eſt conſtant par rapport aux *Donations ſimples*, mais non par rapport aux *mutuelles*. Voyez ce qu'on a remarqué ſur l'article 280.

Monſieur le premier Préſident de Lamoignon étoit d'avis que les diſpoſitions entre-vifs, dont il eſt parlé dans cet article, ne devoient pas être tolérées, ainſi que les Donations *à cauſe de mort*, parce qu'en admettant les unes & les autres, les teſtamens & les précautions qu'on a eu ſoin d'y apporter pour prévenir & empêcher les ſuggeſtions, deviennent inutiles. Et par cette raiſon, il fut mis, entre les arrêtés faits chez lui, au titre *des Donations*, article 20, qu'il ne ſeroit fait à l'avenir *aucunes Donations à cauſe de mort*; & que les Donations entre-vifs, *leſquelles, en certaines Coutumes & en Pays de Droit, tiennent lieu de Donation à cauſe de mort, ne vaudroient ni par Donations entre-vifs, ni comme Donations à cauſe de mort.* Mais les Donations entre-vifs, faites au lit de la mort étant auſſi rares que celles qui ſe font en ſanté, on voit que la diſpoſition de cet article ne doit pas être changée.

Il y a un autre cas où les Donations *à cauſe de mort* ſont reçues, c'eſt lorſque des peres &

des meres, par un acte ou contrat, font *des démissions* & des *partages* de leurs biens entre leurs enfans héritiers présomptifs.

Tant que les peres & meres vivent, les enfans qui sont en possession de ces biens en jouissent comme Donataires à cause de mort, & ils en jouissent au même titre après le décès de leurs peres & meres; mais avec cette différence que tant que les peres & meres vivent elles sont révocables, comme on l'a dit ci-dessus; au lieu qu'après leur décès, les enfans sont propriétaires incommutables des choses données.

Et enfin il y en a un troisieme qui est lorsqu'on fait une institution d'héritier par contrat de mariage, dont on parle sur l'article 299. *Vide Legem si filia 20. l'. familiæ erciscundæ*, §. *si pater & ibi Antonius Faber*, *Legem si cogitatione 21*, *Cod. eodem & novellam 18*, §. *si vero*, *&c.* Le Brun, *des Successions*, liv. 1, chap. 1, sect. 5, p. 11; & ci-après l'article 326, avec la note & l'observation sur ce Titre.

Si les Donations à cause de mort, ou réputées à cause de mort, autres que les démissions & les institutions contractuelles, sont *simples*, il faut régulièrement qu'elles soient revêtues des solemnités des testamens, ainsi qu'il a été jugé au profit des Demoiselles de Bonlieu contre Charles Beraud de Bonlieu, leur frere, par Arrêt du . . . . . rendu en la quatrieme des Enquêtes, au rapport de M. de Laitre. *Voyez* Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2, tit. 3, n. 5; le Brun, *de la Communauté*, liv. 2, ch. 1, nomb. 21, p. 149; l'Arrêt de 1674, tom. 3 du Journal du Palais, p. 244; & Soefve, tom. 2, centurie 4, chap. 5.

ARTICLE CCLXXVIII.

Les Donations des peres & meres à leurs enfans, ſont en avancement d'hoirie.

Meubles ou immeubles donnez par pere ou mere, à leurs enfans, ſont reputez donnez en advancement d'hoirie.

Cet article étoit le 159 de l'anc. Coutume, & peu de gens ſavent pourquoi il y fut mis par les Rédacteurs.

Il faut donc remarquer qu'anciennement à Paris, les enfans mariés, comme émancipés, étoient exclus par leurs freres & ſœurs non mariés, de la ſucceſſion de leurs peres & meres, s'ils n'avoient été réſervés par contrat de mariage. Et quand ils étoient tous mariés, ils ſuccédoient alors tous, ſans rapporter ce qui leur avoit été donné. Nous apprenons cet ancien Droit de la déciſion 236 de Jean des Mares, dont voici les termes :

Se enfans ſont mariez de biens communs de pere & de mere, & autres enfans demeurent en celle, c'eſt-à-dire en domicile de pere & de mere, iceux enfans renoncent taiſiblement à la ſucceſſion de pere & de mere, ne ni puent rien demander au préjudice des autres demeurant en celle, ſuppoſé qu'ils rapportaſſent ce que donné leur a été en mariage, car par le mariage, ils ſont mis hors la main de pere & de mere, ſi ce n'eſt que par exprès, il eût été réſervé, au traité de mariage, que par rapportant, ce qui donné leur a été en mariage, ils puiſſent ſucceder à leur pere & mere avec leurs freres & ſœurs, qui ſont demeurez en celle. Et ſi tous les enfans avoient été

mariez vivans pere & mere, & au traité de leur mariage ait été dit, que par rapportant, &c. comme dit eſt : toutefois après la mort de pere & mere ils viengnent à la ſucceſſion d'iceux ſans rapporter ; car il n'y a nuls enfans demeurez en celle, mais ſont de pareille condition, c'eſt à ſçavoir mariez. Voyez le Procès-verbal de l'ancienne Coutume ſur l'article 123.

Il faut encore remarquer que tout ce qui étoit donné par pere & mere à leurs enfans au-delà de leur portion héréditaire, étoit réputé *acquêt. Lucius, lib. 8, placitor. tit. 5, n. 2.*

Pater alteri liberorum, majorem prædiorum ſuorum partem, quam ille hereditario jure habiturus eſſet, donaverat. Cumque res eò deveniſſet, ut ambigeretur, id ne omne quod à patre donatum erat, filii patrimonium eſſet an verò quæſitum *haberetur. Semel iterum atque iterum placuit, eatenus patrimonium exiſtimari, quatenus patri filius heres futurus erat, ſi donatum non fuiſſet, reliquum autem* quæſiti *naturam imitari, &c.*

Selon cet ancien Droit, ſi le pere avoit donné au fils, en avancement d'hoirie, le fils étoit réſervé, ſinon il ne l'étoit pas ; & ſi le fils avoit reçu un fief en ſimple don, ſans cette clauſe, il en payoit le relief. *Voyez la note ſur l'art. 26.*

Pour abolir cet uſage, on ordonna par cet article que les meubles ou immeubles donnés par pere & mere à leurs enfans, ſeroient réputés donnés en avancement d'hoirie ; mais néanmoins dans les contrats de mariage des enfans que les pere & mere marient, la clauſe d'avancement d'hoirie eſt toujours de ſtyle. Joignez l'article 233 de l'ancienne Coutume.

Il s'enſuit de-là, que la fille dotée à Paris, qui a reçu ſa dot *en avancement d'hoirie*, doit être cenſée réſervée dans les Coutumes où les filles

dotées sont exclusés, & sur-tout dans celles d'Anjou, Maine, Touraine, & autres semblables qui ne requierent pas de réserve expresse.

Du Moulin, qui n'ignoroit point la raison de cet article, étoit si persuadé de cette vérité, qu'il a été jusqu'à soutenir que celui qui avoit eu en avancement d'hoirie, étoit obligé de se porter héritier, ou rendre ce qu'il avoit reçu; mais ce sentiment a paru outré, comme il se voit dans l'article 307. *Vide Molin in Conf. Parisienf.* §. 26, *n.* 4, *p.* 369, *ultim. edition.*

Meubles ou immeubles donnés.] Il faut en dire autant des sommes prêtées. Voyez Loisel, L. 2 de ses *Institutes*, tit. 6, art. 45; & M. le Brun *des Successions*, liv. 3, chap. 6, section 2, n. 3, p. 460, & la note sur l'article 307.

Les choses léguées aux enfans leur sont propres, par la raison de cet article. *Voyez* le premier Tome du Journal des Audiences de du Frêne, liv. 4, chap. 6, pag. 405. Quant à ce qui est légué en ligne collatérale, quelque clause qu'il y ait dans les testamens, il ne peut jamais être propre, non plus que ce qui est donné ou légué par un étranger. Touchant ce qui est donné en ligne collatérale, voyez la note sur l'art. 301.

Tout ce qui est donné aux enfans étant en avancement d'hoirie, & à compte sur la succession future, il s'ensuit que l'immeuble donné est *propre* à l'enfant donataire, quand même il renonceroit à la succession de son pere & de sa mere pour se tenir à son Don.

Que l'on suppose que le pere ou la mere, pressés par leurs créanciers, vendent à leur fils une terre ou une maison, cette maison ou cette terre lui sera-t-elle propre.

Et si la terre ou la maison a été vendue à juste prix & sans fraude, que le pere ou la mere en

aient touché conſtamment les deniers du prix, & qu'ils en aient payé leurs créanciers, il n'y a nul doute que cette maiſon ou cette terre ne ſoit un *acquêt* en la perſonne du fils, & qu'il n'en puiſſent librement diſpoſer par teſtament, quoique par rapport au retrait lignager elle ſoit réputée *propre*, ſelon l'article 133.

Si le pere vend ainſi ſa maiſon ſans fraude & à ſon juſte prix, & charge ſon fils acquéreur d'en payer le prix aux créanciers délégués, il en doit être de même, c'eſt-à-dire que la terre ou la maiſon eſt un acquêt au fils.

Et il en eſt encore de même ſi le pere *donne* une maiſon ou une terre à ſon fils, avec charge au fils de payer ſes dettes, pourvu que les dettes dont il charge ſon fils, égalent le juſte prix de la maiſon ou de la terre; car quoique dans le contrat les Parties ſe ſoient ſervies du terme *donner*, c'eſt cependant une *vente* & un *achat* qu'elles ont fait. Et dans les bonnes regles une telle terre ne devroit pas être ſujette au rapport, & le fils en devroit payer les droits ſeigneuriaux.

Le Brun, qui eſt d'un avis contraire, cite néanmoins un Arrêt du 12 Mai 1631, qui a jugé que le fils ne devoit en ce cas aucuns droits. *Voyez* cet Auteur, *des Succeſſions*, liv. 2, ch. 1, ſection 1, n. 30, p. 130, ce qui n'eſt pas ſans raiſon, parce qu'il paroît par les termes que les Parties ont employés, que le pere a eu intention de donner & non de vendre, & le fils d'être Donataire & non Acheteur. *Voyez Henris, tom. 1, liv. 3, queſt. 28.*

Mais ſi le pere vend à ſon fils, pour *cinquante mille livres*, une terre qui en vaut cent mille, il faut dire qu'elle ſera réputée donnée pour le tout, en avancement d'hoirie, enſorte que le fils, héritier, ſera obligé de la rapporter toute

entiere à ſes freres, à la ſucceſſion de leur pere commun, ſauf à ſe faire faire raiſon des cinquante mille livres qu'il a payées à ſon pere ou à ſes créanciers ; & il en eſt à-peu-près dans ce cas comme ſi le fils, ayant eu une terre de la ſucceſſion de ſon pere, avoit payé les dettes auxquelles elle étoit hypothéquée ; car il n'y a nul doute, dans ce cas, que la terre ne fût propre au fils pour le tout, & non un acquêt, juſqu'à concurrence des dettes qu'il auroit payées. *Voyez* l'obſervation de M. le Lieutenant-Civil le Camus, ſur l'article 292, n. 20, 21.

ARTICLE CCLXXIX.

Quels avantages les femmes peuvent faire à leurs ſeconds maris.

Femme convolant en ſecondes ou autres nôces, aïant enfans, ne peut avantager ſon ſecond ou autre ſubſéquent mari, de ſes propres & acquêts, plus que l'un de ſes enfans : & quant aux conquêts faits avec ſes précédens maris, n'en peut diſpoſer aucunement au préjudice des portions dont les enfans deſdits premiers mariages pourroient amender de leur mere. Et néanmoins ſuccedent les enfans des ſubſequens mariages auſdits conquêts, avec les enfans des mariages précédens également venans à la ſucceſſion de leur mere. Comme auſſi les enfans des precedens lits, ſuccedent pour leurs parts

& portions aux conquêts faits pendant & constant les subsequents mariages : toutefois si ledit mariage est dissolu, ou que les enfans du précedent mariage décedent, elle en peut disposer comme de sa chose.

Femme convolant en secondes ou autres noces, ayant enfans, ne peut avantager son second ou autre subséquent, mari de ses propres & acquêts, plus que l'un de ses enfans, &c.] Cet article est pris de la Loi célebre *hac edictali*, Cod. *de secundis nuptiis*, & de l'Edit des secondes noces, de l'an 1560, qui l'a confirmée.

Ce qui est dit ici de la femme doit s'étendre au mari, y ayant parité de raison.

De ses propres & acquêts.] Cet article ne parle que des *propres & des acquêts ;* mais il en faut dire de même des meubles, comme il a été jugé par plusieurs Arrêts, & entr'autres par celui du 4 Mars 1697, rendu en la Grand'Chambre, sur les conclusions de Messieurs les Gens du Roi.

Et quant aux conquêts faits avec ses précédens maris, n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions dont les enfans desdits premiers mariages, pourroient amender de leur mere.] On demande si cette prohibition d'aliéner les conquêts induit un *Fidéicommis légal ?* & comme elle n'est faite que pour le tems que le second mariage doit durer, on tient que les enfans du premier lit vivront ; le mieux est de dire qu'elle n'opere pas de fidéicommis.

On demande, en second lieu, si cette prohibition d'aliéner n'a lieu que contre le second

mari ; ou si elle doit avoir aussi son effet contre les étrangers.

Et il faut dire qu'elle a lieu tant contre le second mari que contre les étrangers ; ce qui paroît par ces mots de l'article : *& quant aux conquêts faits avec ses précédens maris, n'en peut aucunement disposer.* Et encore mieux par ces mots qui sont à la fin de l'article : *Toutesfois si ledit mariage est dissolu, ou que les enfans du premier mariage décedent, elle en pourra disposer comme de sa chose.*

Si les Réformateurs avoient eu intention de restreindre cette prohibition d'aliéner, contre les maris seuls, ils l'auroient dit dans le commencement de cet article.

Et si, selon la fin de cet article, la seconde femme ne peut disposer des conquêts de la premiere communauté, *comme de sa propre chose*, qu'après le second mariage dissolu, ou la mort de ses enfans du premier lit, il s'ensuit que pendant le second mariage & la vie de ses enfans du premier lit, elle n'en peut disposer tant au profit de son mari que des étrangers. Ce qu'il faut entendre néanmoins *jusqu'à concurrence des portions des enfans du premier lit ;* d'où il résulte qu'elle en peut disposer jusqu'à concurrence des portions des enfans de son second lit. Ce qui est très-certain.

Et néanmoins succedent les enfans des subséquens mariages auxdits conquêts, avec les enfans des mariages précédens, également venans à la succession de leur mere.] On voit par ces paroles que les enfans du premier lit prennent part à ces conquêts comme héritiers de leur mere ; ce qui prouve ce qui a déjà été dit ci-dessus, que cette prohibition d'aliéner n'induit aucun fidéicommis.

Que l'on suppose que cette seconde femme ait eu de sa premiere communauté une terre de 60000 liv. & qu'elle n'ait que deux enfans, un du premier lit, & l'autre du second.

Elle vend moitié de cette terre pour 30000 l. & s'en réserve l'autre moitié. Elle meurt, & laisse 80000 liv. d'autres biens.

Ses deux enfans se portent ses héritiers purs & simples. Comment ses biens seront-ils partagés entre ses deux enfans?

Il faut dire que l'enfant du premier lit prendra d'abord la moitié de la terre, que sa mere défunte n'a pu aliéner à son préjudice, & qu'ils partageront ensuite le reste des biens par têtes. Ensorte que, contre la disposition de l'article 302, & contre toutes les regles, la succession de la mere sera partagée inégalement entre ses deux enfans héritiers.

Si la femme, pendant la Communauté a aliéné toute la terre qu'elle a eue des conquêts faits avec son premier mari, le fils du premier lit, héritier de sa mere, en pourra-t-il revendiquer la moitié qu'elle ne pouvoit aliéner à son préjudice? Et il y a, ce semble, lieu de dire qu'il ne le pourra pas, puisque l'action qu'il intentera contre l'acquéreur réfléchira contre lui-même, comme héritier de sa mere, selon la Loi *cum à matre 14, Codice de rei vendicatione.* Mais d'un autre côté, comme il n'est héritier de sa mere que pour moitié, & qu'il ne la représente que pour moitié, le mieux est de dire qu'il peut revendiquer sa part mal aliénée, sauf à dédommager l'acquéreur pour la part dont il est héritier de sa mere; & Barthole est de cet avis sur la Loi *cum à matre.* De sorte que le fils n'est exclu de la revendication que quand il est seul héritier de sa mere.

On opposera que la vente faite par la mere est nulle, parce qu'elle a été faite contre la Loi, & qu'en vente nulle il n'y a point de garantie, comme le prouve Burgundus dans son Traité *de Evictionibus*, chap. 101 ; mais ces raisons cessent lorsque celui qui exerce la revendication est seul héritier du vendeur, comme le prouve le même *Burgundus* au lieu marqué ci-dessus, chap. 101, n. 13, chap. 102, 103, 104 & 105.

On demande encore si le fils du premier lit, qui a plus dans la succession de sa mere, comme héritier, que son frere du second lit, est obligé, suivant l'article 336, de contribuer au paiement des dettes de sa mere à proportion de l'émolument ? Et il faut dire, ce semble, qu'il le doit dès qu'il prend sa part dans les conquêts de la premiere communauté, comme héritier de sa mere. Mais d'un autre côté il faut considérer que sa mere qui n'a pu disposer de sa portion en l'aliénant, n'a pu aussi l'hypothéquer ni l'engager, & par conséquent le mieux est de dire que le fils ne contribuera pas avec son frere au paiement des dettes par rapport à cette portion. Ce qu'il faut entendre pourvu que la succession soit solvable ; car si elle ne l'est pas, le fils du premier lit étant supposé héritier pur & simple, étant obligé de payer moitié des dettes de sa mere sur ses biens particuliers, au défaut de ceux de la succession, il est indubitable, dans ce cas, que sa portion sera sujette au paiement des dettes.

Si le fils du premier lit est héritier sous bénéfice d'inventaire, comme il n'est tenu des dettes de sa mere que jusqu'à concurrence de ce qu'il profite de sa succession, la portion que sa mere a été obligée de lui réserver, ne sera pas sujette au paiement des dettes.

Et si sa mere a vendu cette portion, il la pourra revendiquer, si l'acquéreur évincé ne peut exercer contre lui aucune garantie utile, parce que la succession de la mere s'est trouvée ruinée.

Il faut venir à présent aux biens que la veuve a eus de la libéralité de son premier mari, & qu'elle est obligée par l'Edit de réserver à ses enfans du premier lit. On demande à qui est la propriété de ces biens, ou à la mere qui a passé en secondes noces, ou à ses enfans du premier lit.

Le Brun, dans son *Traité des Successions*, L. 2, chap. 6, sect. 2, distinct. 2, pag. 358, dit qu'il faut distinguer entre nos Pays de Droit écrit, & nos Pays coutumiers.

Que dans les Pays de Droit écrit, la seconde femme en perd la propriété du jour de son second mariage, selon les Novelles 2, chapitre 1, 22, 23, 68, 98, & selon la Loi 11, Cod. *de secundis nuptiis*. Mais que dans nos Pays coutumiers elle ne cesse pas d'être propriétaire. Et cet Auteur se déclarant pour cet avis, s'efforce de l'établir par plusieurs raisons, dans son *Traité des Successions*, liv. 2, chap. 6, sect. 2, n. 3, p. 356. Mais on doute fort que son avis soit bon, quoique Ricard en ait été avant lui.

Ce qui est très-constant, c'est que l'Edit des secondes noces, fait sur les remontrances de M. le Chancelier de l'Hôpital, en 1560, au sujet du mariage de la Dame d'Aligre avec M. de Clermont, a été pris de la Loi *hac Edictali*, au Code *de secundis nuptiis*, que le Roi a eu intention d'autoriser & de faire observer dans tout son Royaume. Ce que Cujas a eu soin de nous marquer sur cette Loi. *Edictum est*, dit-il, *& nova correctio secundarum nuptiarum, qua non utebatur*

Gallia, antequam IDEM *Edixiſſit Franciſcus II, ex ſuggeſtione quæſtoris optimi* Michaelis Hopitalis... *Is Regi autor fuit introducendi hujus Edicti in Galliam. Cum ſcilicet ex facto incidiſſet, Lutetiæ ut mulier opulentiſſima, cæco amore capta ſecundi mariti, non ſentiens ab eo deamari & appeti ſua bona, non ſe, ut omnia ſua bona in eum profunderet, inſtrumento dotali, liberis prioris matrimonii relicta ſola falcidia, id eſt modica portione, quâ ſola eos fraudare non poterat, &c.*

Cet Edit, comme on le voit, ayant été tiré de la Loi *hac Edictali*, c'eſt donc par cette Loi qu'il doit être ſuppléé, au cas qu'il y ait quelque choſe d'omis ou qui ne ſoit pas aſſez clairement expliqué. Ainſi, il n'y a qu'à les conférer ſommairement au ſujet de la queſtion.

Voici comme Léon & Anthemius ſe ſont exprimés dans le §. 1 de leur Loi : *His illud adjungimus, ut mulier in his caſibus, in quibus ante nuptias donationes, cæteras etiam res à marito devolutas, ſecundum priorum Legum ſtatuta, liberis communibus, ut* PATERNAS SERVARE *compellitur. Hoc eſt ubi morte mariti matrimonio diſſoluto ad alias nuptias venerit immobilium rerum, & mancipiorum, annonarum quoque civilium* USUFRUCTU *dumtaxat vitæ ſuæ temporibus potiatur, alienatione eorum penitus interdictâ.*

Voici à préſent les termes de l'Edit : *Et au regard des biens, à icelles veuves acquis par dons & libéralités de leurs défunts maris, elles ne pourront en faire aucune part à leurs nouveaux maris. Ains ſeront tenus de* LES RÉSERVER *à leurs enfans communs, d'entr'elles & leurs maris, de la libéralité deſquels iceux biens leur ſont advenus, &c.*

L'Edit, à la vérité, ne dit pas ce qu'il entend en obligeant la veuve de *réſerver* les biens à ſes

enfans du premier lit ; mais qui ne voit que le mot *réſerver* doit ici recevoir l'interprétation que les Empereurs lui ont donnée, & être entendu ; enſorte que dans le cas propoſé les Donations faites par les premiers maris, ſoient caſſées, & les femmes réduites par ce moyen à un ſimple uſufruit. La propriété des choſes ainſi données par les premiers maris, étant acquiſe à leurs enfans du jour qu'elles ont paſſé en ſecondes noces, ce qui intéreſſe les enfans, parce qu'il vaut mieux être propriétaire que de ne l'être pas ; quoiqu'en admettant l'avis de Ricard & de le Brun, la condition de la veuve n'en ſeroit guere meilleure, puiſque, ſelon eux, étant grevée à l'égard de ces biens, d'un fidéicommis légal envers ſes enfans du premier lit, elle eſt obligée de leur donner caution. *Toto titulo, Dig. ut legatorum ſeu fideicommiſſorum ſervandorum cauſa caveatur*, comme elle y eſt obligée par la Loi *hac Edictali*, pour raiſon des meubles, de la maniere qui ſuit, expliquée par Cujas.

Mobiles res quæ matri obvenerunt à priori marito æſtimari debent adhibito arbitro, electo conſenſu matris eorum liberorum, qui juratus judicet verum pretium earum rerum. Ea æſtimatio pro venditione erit & ita æſtimatæ hæ res tradentur mulieri, ſi modo ſatiſdet earum rerum ſalva fore corpora & poſt mortem ſuam, ea, vel pretium earum liberis prioris matrimonii redditum iri qui ſibi ſuper vixerint. Et interim igitur quaſi donata ex cauſa emptionis, ſuo nomine eas res, vendere poteſt vel obligare, vel mutuo dare ex iis quæ conſiſtent in pondere, numero & menſura. Cavet autem eas reddi ſatisdato, id eſt datis fidejuſſoribus, non cautione nuda.... Quid autem fiet, ſi mater nolit, aut non poſſit ſatiſdare ? Sane earum rerum poſſeſſio transferetur ad liberos prioris matrimonii,

qui modo satisdent, quanti res æstimatæ fuerint ab arbitro, ejus pecuniæ ususfructus vice matri quot annis datum iri trientes usuras id est centenos aureos quaternos, &c.

La veuve, suivant le Droit Romain, perdant ainsi la propriété des biens qui lui ont été donnés par son premier mari, à compter du jour qu'elle a passé en secondes noces, il s'ensuit que tant qu'elle reste veuve, elle en peut disposer librement comme propriétaire.

Que l'on suppose à présent qu'elle les ait vendus pendant sa propriété, & qu'elle ait ensuite passé en secondes noces, quelle action donnera-t-on à ses enfans du premier lit ?

Il faut, ce semble, distinguer s'ils sont héritiers de leur mere, ou s'ils ne le sont pas.

S'ils sont ses seuls héritiers, c'est en vain qu'ils agiroient, puisque l'action qu'ils intenteroient contre les tiers acquéreurs, réfléchiroit sur eux. *Lege cum à matre 14, Cod. de rei vendicatione.*

S'ils ne sont pas ses héritiers, ils ont, suivant la Loi *hac Edictali*, une action hypothéquaire, légale, à compter du jour que les Donations faites par les premiers maris, auront eu leur effet pour revendiquer ces biens mal aliénés. *Omnibus videlicet iisdem maritalibus facultatibus, his etiam quas habet, habiturave est, tanquam si jure pignoris, vel hypothecæ suppositæ sint super eadem ante nuptias donatione, vel rebus aliis, ad eam ex mariti substantia devolutis* EX EO DIE QUO EÆDEM RES AD EAM PERVENERINT, *liberis obligatis: ut si quis post traditas matri, vel detentas ab ea res, si ita contigerit, contractum aliquem cum eadem muliere inierit, quæ se repetitis nuptiis copulaverit, in vindicandis iisdem suppositis rebus posteriores habeatur: liberis qui ex eodem matrimonio,*

procreati sunt., & nepotibus neptibusve, qui ex iisdem liberis geniti sunt, sine dubio præponendis. Vide *Scipionem Gentilem, de secundis nuptiis, cap. 14.*

Et si la mere qui a passé en secondes noces a vendu ces biens, autorisée de son second mari, ses enfans propriétaires ont la revendication.

On demande en interprétation de cet article, si les Donations faites par les peres & meres qui passent en secondes noces, de leurs propres & acquêts, à leurs enfans du second lit, sont bonnes? Cette question est décidée par l'article dernier de la Novelle 22, en faveur des enfans; ce que Cujas a observé dans son Commentaire sur la Loi *hac Edictali.*

Quæro, dit-il, *an poterit filio communi donare vel relinquere, non servato Edicti modo, qui natus est ex secundo matrimonio? Et poterit, ut arbitror, quia bona materna per eum non acquiruntur patri, Lege 1, supra. De bonis maternis, nisi ususfructus jure. Et hoc Edicto usumfructum rerum donatarum non invidet novo conjugi. Dices: at eadem ratio valet hodie in privigno. Et generaliter omnia bona adventitia non acquiruntur patri, nisi quoad usumfructum attinet, dominium non acquiritur. Eadem est ratio fateor: non tamen idem jus statuerunt, nam vitiatur sæpe quod dicitur eadem ratio, & idem jus. Cur vero non statuerint idem jus in privigno, & filio communi nato ex secundis nuptiis, quia scilicet ut filio communi ut donet mater naturalis affectio facit, privigno ut donet noverca, maritalis affectus facit, non certe novercalis. Privignum semper accipiam pro persona supposita, & excogitatam fraudem Edicto suspicabor in privigno, non in filio communi, & hæc omnia valde notanda sunt. Quibus addendum est ex Lege 58, Cod. Theodos. de hæreticis, per interpositam personam vel titulum*

imaginarie venditiones fraudem Legis excogitari. Mais dans nos Pays coutumiers où il n'y a point de puissance paternelle, il n'y a nulle difficulté. *Vide hodiernam ad Legem hac Edictali*, q. 2, n. 9, p. 11, de l'édition de Geneve.

Me. le Brun, dans son *Traité des Successions*, liv. 2, ch. 6, sect. 2, distinct. 2, n. 22, demande si ces biens donnés par les premiers maris aux veuves qui ont passé en secondes noces sont propres paternels ou maternels aux enfans du premier lit, & il décide qu'ils sont des propres maternels.

En quatrieme lieu, dit-il, *il est aisé de conclure de ce qui a été dit ci-dessus, que les immeubles dont les enfans profitent, en vertu du second chef de l'Edit, sont réputés propres du côté du pere ou de la mere qui a passé en secondes noces, puisqu'il a été établi qu'ils n'en perdoient point la propriété en se remariant, en quoi les biens, ainsi réservés diffèrent du douaire, qui est toujours censé propre paternel. Et je trouve que cela a été ainsi jugé par Arrêt du 22 Avril 1612, rapporté par Me. Julien Brodeau, sur la lettre N de M. Loüet, n. 3, sommaire 26; ce qui est plus conforme à l'esprit de notre Droit, que l'Arrêt contraire qui est ensuite, ni que la note manuscrite que l'on impute à Me. Charles du Molin, sur l'article 147 de la Coutume de Paris.*

Mais ce mauvais avis doit être rejetté par plusieurs raisons.

Premiérement, parce qu'il est directement opposé à la Loi *hac Edictali*, à laquelle François II a eu intention de se conformer, qui décide formellement que les veuves, qui passent en secondes noces, seront tenues de réserver les biens qu'elles ont eues de la libéralité de leurs premiers maris pour appartenir aux enfans du premier lit, comme provenans de leur *pere*, selon

les anciennes Loix, *Res à marito devolutas, secundum priorum Legum statuta liberis communibus, ut paternas servare compellitur.*

En second lieu, parce que quand il seroit vrai que la veuve seroit grevée de restituer ces biens à ses enfans du premier lit par une espece de fidéicommis légal, il faudroit supposer ou feindre que la Loi auroit fait ce fidéicommis, en secondant l'intention du premier mari, qui n'est présumé avoir fait ces avantages à sa femme, que pour les restituer à leurs enfans communs.

Et enfin, parce que tout héritier ou tout donataire, chargé de restituer les choses données, étant propriétaire de ces mêmes choses jusqu'à la restitution, c'est contre toute raison que le Brun en conclut que les biens dont la veuve est, selon lui, chargée de restituer, sont, par cette raison, des propres maternels; la regle étant que le fidéicommissaire *capit à gravante non à gravato.* Ce qui a été très-bien remarqué par du Molin, sur l'article 147 de la Coutume de Paris, nombre 6, auquel le Brun devoit déférer.

On peut voir sur cette matiere les Commentaires de Bertrand, *hodierna & Scipio Gentilis.*

On demande si un homme veuf & une femme veuve, qui ont chacun des enfans de leur premier lit, peuvent instituer par leur contrat de mariage un de leurs enfans à naître, au préjudice de ceux qui sont nés.

Franciscus de Albergoltis & Joannes de Lignano ont été pour la négative; *Balde ad Leg. 1, n. 5, Cod. de inofficiosis dotibus;* & plusieurs Docteurs ont soutenu l'affirmative. Les uns & les autres sont cités par *Hodierna ad Legem hac Edictali, n. 4 & 5.*

Il faudroit, ce semble, distinguer: Que l'on suppose, par exemple, qu'un homme de qualité

qui n'a que des filles d'un premier lit, se marie dans l'espérance d'avoir un fils qui soutienne son nom & sa maison. Cet homme, en cas qu'il ait ce fils, l'institue par son contrat de mariage héritier de tous ses biens, & réduit ses filles du premier lit à leur légitime. Diroit-on, avec raison, qu'une telle disposition devroit être réduite par l'Edit des secondes noces? Nullement; parce que celui qui se marie & qui dispose ainsi de ses biens, n'a en vue que le bien de sa famille, & ne fait, en se mariant que ce qu'il feroit ayant son garçon, après avoir été marié, en secondes noces.

Mais si ce même homme avoit un garçon de son premier lit, & que sa seconde femme n'eût voulu l'épouser qu'à condition d'instituer les enfans de son second lit, mâles ou femelles, au préjudice de ce garçon. Comme en ce cas cet homme gagné par sa femme, agiroit contre le bien de sa famille, il y auroit justice dans ce cas, & les semblables, de déclarer l'institution contractuelle nulle; & tel a été l'avis d'*Hodierna ad Legem hac Edictali*, q. 2, n. 9, p. 11, de l'édition de Geneve de 1657.

La veuve ne perdant la propriété des choses qu'elle a eues de la libéralité de son mari, que quand elle passe en secondes noces, ce qu'on dit avoir été ainsi jugé par Arrêt du 27 Août 1672, au rapport de M. Tamboneau, en Pays de Droit écrit, il s'ensuit que tant qu'elle est veuve, elle en peut disposer librement étant propriétaire. Que l'on suppose qu'elle les ait vendues, & qu'elle ait ensuite passé en secondes noces, quelle action donnera-t-on aux enfans du premier?

Il faut d'abord distinguer s'ils sont ou ne sont pas héritiers de leur mere.

S'ils sont ses héritiers, c'est en vain qu'ils agi-

ront, puisque l'action qu'ils intenteront contre les acquéreurs réfléchira sur eux. *Lege cum à matre 14, Cod. de rei vindicatione.*

S'ils ne sont pas ses héritiers, ils ont, suivant le Droit Romain, dans la Loi *hac Edictali*, §. *omnibus*, une *action hypothéquaire légale* pour revendiquer les choses mal aliénées, soit meubles ou immeubles. *Lege Grege in principio, & §. statu liber & Lege cum tabernam, Digestis de pignoribus.* Voyez, sur ce sujet, Scipion Gentil *de secundis nuptiis*, chap. 14, où cette matiere est traitée exactement.

Et si la mere & le second mari ont vendu conjointement, ces enfans propriétaires, au défaut des cautions, ont la *revendication*, tant des meubles que des immeubles mal aliénés. *Joignez* le Dictionnaire de Me. Brillon, sur *achat & chose volée.*

Par la Loi *Fœminæ*, au Code *de secundis nuptiis*, la veuve, quoique mariée en secondes noces, pouvoit faire partage, même inégal, de ses biens entre ses enfans du premier lit; mais Justinien a aboli cette Loi en ordonnant que ces biens seroient partagés également. *Voyez sa Novelle 2 & 22.*

Ce qui vient d'être observé est pour les dons faits par les premiers maris à leurs femmes, qui passent ensuite en secondes noces; mais la question est de savoir si les conquêts de la premiere Communauté seront regardés comme des dons. *Joannes Faber, ad authenticam in donatione*, a été de cet avis. *Et per hanc authenticam*, dit-il, *possit idem dici in conquestis viri in quibus mulier habet medietatem de consuetudine.* Mais cet article décida le contraire en statuant que la femme, quant aux conquêts faits avec ses précédens maris, n'en peut disposer aucunement, au préjudice

des portions dont les enfans desdits premiers mariages pourroient amender d'elles ; ce qui est une preuve qu'elle en peut disposer au préjudice des portions de ses enfans du second lit ; ensorte que si la mere, pendant son second mariage, a disposé de la part que ses enfans du second lit auroient eus dans ses biens, il arrivera que les enfans du premier lit prenant leurs portions, la succession de la mere sera partagée inégalement entre ses enfans.

ARTICLE CCLXXX.

Les Conjoints par mariage se peuvent faire des Donations mutuelles en usufruit, s'ils n'ont point d'enfans.

Homme & femme conjoints par mariage, étans en santé, peuvent & leur loist faire donation mutuelle l'un à l'autre, également de tous leurs biens meubles, & conquêts immeubles, faits durant & constant leur mariage, & qui sont trouvez à eux appartenir & être communs entr'eux à l'heure du trepas du premier mourant desdits Conjoints, pour en joüir par le survivant d'iceux Conjoints, sa vie durant seulement, en baillant par lui caution suffisante, de restituer lesdits biens après son trepas, pourvû qu'il n'ait enfans, soit des deux Conjoints, ou de l'un d'eux, lors du decez du premier mourant.

Vide Marculfum, lib. 1, cap. 12.

De tous leurs biens meubles & conquêts immeubles.] Il s'enſuit de-là que la femme qui renonce à la communauté ne peut point prétendre de Don mutuel.

Il s'enſuit encore que les *propres* des conjoints n'entrent pas dans le Don mutuel. Ce qu'il faut entendre, à moins qu'ils n'aient été ameublis; car dans ce cas, comme ils font partie de la communauté, ils doivent auſſi faire partie du Don mutuel.

Nicolas Pichon, majeur, épouſa Marie Berry, auſſi majeure; & par leur contrat de mariage, ils ſtipulerent que tous les biens meubles ou immeubles, qui leur écherroient pendant leur mariage, par ſucceſſion, donation ou autrement, entreroient dans leur communauté.

Ils ſe firent enſuite un *Don mutuel*; & le mari étant décédé le premier, le partage ſe fit de la communauté; enſorte que la veuve eut, ſans conteſtation, la propriété de la moitié des propres échus à ſon mari, en qualité de commune, parce que ces propres étoient devenus en quelque façon des conquêts par la ſtipulation; mais quant à l'uſufruit de l'autre moitié de ces immeubles que la femme demandoit comme Donataire mutuelle, les héritiers du mari la lui conteſterent, attendu que dans ſa ſucceſſion ils étoient des propres; & pluſieurs au Palais furent, ſans raiſon, de cet avis.

Quand il y a une telle clauſe dans un contrat de mariage, il n'y a nul doute qu'elle ne doive avoir ſon exécution, parce que, ſuivant nos maximes, les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient pas contre les bonnes mœurs.

Il faut donc tenir pour conſtant que dans le

cas proposé ci-dessus, les immeubles échus à Nicolas Pichon, & restés dans sa succession, ont été en même temps & conquêts & propres; *conquêts* par rapport à sa femme, à cause de la stipulation; ensorte que la femme en doit avoir une moitié en propriété, comme commune; & l'autre moitié en *usufruit*, comme Donataire mutuelle; laquelle moitié est *propre* dans la succession du mari, pour appartenir en nue propriété à l'héritier du côté & ligne dont ils sont échus au défunt, jusqu'à ce que l'usufruit de la femme ait été consolidé.

Nos Auteurs demandent si le *Don mutuel* est une *Donation entre-vifs, ou à cause de mort?* Et sans entrer dans les raisons qu'ils rapportent pour & contre, que l'on peut voir dans le Traité de Me. Ricard, *du Don mutuel*, liv. 1, chap. 3, on remarquera que quoiqu'il paroisse dans le Don mutuel deux dispositions ou deux especes de libéralités différentes, cependant il n'y en a réellement qu'une seule. La raison est que chacun ne donne que sous la condition *s'il décede le premier*, parce que chacun ne donne qu'au survivant; & comme il faut qu'il y en ait un *qui meure le premier, & que l'autre lui survive*, il arrive par l'événement de la condition, que celui qui est prédécédé a donné, & que celui qui a survécu n'a réellement rien donné.

Cela posé, il est évident que le *prédécédé* s'est *préféré* au donataire, & qu'il a préféré le donataire à son héritier; & par conséquent il a fait une disposition *à cause de mort*, parce que, selon Justinien, *in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quàm cum cui donat; & magis eum cui donat quam heredem suum.* Inst. de Donationibus, §. 2, Lege 1, Dig. de mortis causâ Donationibus,

Le

Le *Don mutuel* a encore cela de commun avec le *legs*, que la délivrance en doit être demandée. *Un Don mutuel*, dit l'article 284, *ne saisit pas, ains est sujet à délivrance.* Et par conséquent le Don mutuel est comme le Legs, une *Donation à cause de mort.*

On oppose à cela que la Donation à cause de mort *est révocable* de sa nature; & que l'art. 284 décide au contraire, qu'après l'insinuation le Don mutuel *n'est révocable, sinon du consentement des deux conjoints.* Mais il faut savoir qu'une Donation n'en est pas moins disposition *à cause de mort*, quoiqu'il soit dit qu'elle ne pourra être révoquée, sinon dans un seul cas, qui est le prédécès du Donataire; car lorsqu'elle ne peut être révoquée en aucun cas, & que le domaine est transféré dans le temps qu'elle est faite, elle est plutôt Donation entre-vifs. Si donc je donne une chose à la charge qu'elle ne me reviendra que dans le cas seul où le Donataire mourra avant moi, je donne à cause de mort. *Sed & sic donari potest (causa mortis) ut non aliter reddatur quam si prior ille qui acceperit, decesserit, Lege 13, Dig. de Donationibus causa mortis.* Vide *Ant. Fabrum de error. Decad. 45, cap. 1, Cujac. ad tit. Cod. de Donation. causa mortis circa princip. & Novell. 87. Vinnium, lib. 2, quæstionum, cap. 34.*

Or celui qui fait un Don mutuel donne irrévocablement, à l'exception du cas seul où le Donataire décéderoit avant lui; & par conséquent, dans cette incertitude, *il donne à cause de mort.*

Nos Auteurs demandent, en second lieu, si d'autres que des conjoints peuvent se faire des Donations mutuelles? Et l'avis commun, confirmé par l'usage, est qu'ils le peuvent, parce que ceux qui font de telles dispositions songent

moins à perdre qu'à gagner ; de sorte que voilà des cas où nous admettons *les Donations à cause de mort.* Voyez ce que l'on a remarqué sur l'article 277 & sur le 273.

Peuvent faire Donation mutuelle l'un à l'autre également de tous leurs biens meubles & conquêts immeubles, qui sont trouvés être communs entr'eux lors du décès du premier mourant, &c.

On peut tirer deux conséquences des termes de cet article.

La *premiere*, que dans le *Don mutuel* il doit y avoir une égalité de biens ; & de-là vient qu'il n'est que des meubles & des conquêts qui composent la communauté au temps du contrat & qui y doivent entrer dans la suite, & dans laquelle chaque conjoint a sa moitié, suivant le Droit commun; car si les propres y entroient, cette égalité ne se trouveroit plus, parce qu'il est rare que les conjoints n'aient pas plus de propres l'un que l'autre.

La *seconde* conséquence, est que lorsque le mari fait mal ses affaiers, & que la femme se fait séparer & reprend ce qu'elle a mis en communauté après y avoir renoncé, ce que le mari acquiert depuis n'est plus sujet au Don mutuel, & la femme n'y peut rien prétendre, parce que ces biens n'étoient plus communs au temps du décès du premier mourant, comme le requiert cet article.

Nos Auteurs demandent encore si le Don mutuel a lieu lorsque la femme renonce à la communauté après la mort de son mari.

Loisel, qu'on peut nommer un bon Auteur, a mis pour regle dans ses *Institutes coutumieres*, liv. 3, tit. 3, art. 21, que *femme renonçant à la communauté perd le Don mutuel qu'elle pourroit avoir, reprend ses propres & acquêts qu'elle avoit*

avant ſon mariage, avec ſes bons habits ; ce faiſant, eſt déchargée de toutes dettes eſquelles elle ne s'eſt obligée en ſon nom.

Quelques Auteurs, & entr'autres Ricard, *du Don mutuel*, chap. 5, ſect. 3, n. 168, 169, ſoutiennent que la femme peut renoncer à la communauté & profiter du Don mutuel, & d'autres ajoutent que ce nouvel avis a prévalu.

Mais, quoi qu'on en diſe, l'avis de Ricard eſt inſoutenable, & il n'eſt pas poſſible de déroger à l'ancienne Juriſprudence ſans renverſer tous les principes.

Lorſqu'une femme qui ſe marie ſtipule qu'elle ſera commune, & lorſqu'elle met une partie de ſes biens en communauté, elle n'y met que *ſous condition*, parce qu'elle ſtipule en même temps que ſi la communauté n'eſt pas bonne, elle y pourra renoncer, & reprendre quittement & franchement ce qu'elle y a mis.

Si donc elle renonce à la communauté, il eſt vrai de dire en quelque façon qu'elle n'a jamais été commune ; & comme le Don mutuel ſuppoſe néceſſairement une communauté qui en eſt le fondement, il s'enſuit que la femme qui renonce à la communauté ne peut profiter du Don mutuel, ſoit qu'elle renonce avant ou après le décès de ſon mari.

Et lorſqu'en renonçant elle reprend quittement & franchement, elle fait de plus préjudice aux héritiers de ſon mari. Que l'on ſuppoſe, par exemple, que la communauté ſoit de 40000 liv. & que la femme y en ait mis 30000 liv. ſi elle eſt commune & ſi elle veut jouir du Don mutuel, elle perdra 10000 des 30000 liv. qu'elle a miſes en communauté, & elle en ſera indemniſée, parce qu'elle aura, à cauſe de ſon Don

mutuel, la jouissance des 20000 liv. que son mari avoit dans la communauté.

Mais si en renonçant & reprenant ses 30000 l. elle veut, comme Donataire mutuelle, jouir encore des 10000 liv. qui restent, il se trouvera que les héritiers du mari perdront d'abord 10000 liv. du fonds de la Communauté, & qu'il faudra de plus qu'ils souffrent que la femme jouisse pendant sa vie des autres 10000 liv. qui leur restent; & la femme qui a renoncé en retirant ce qu'elle a mis dans la communauté, profitera de la communauté par le moyen du Don mutuel, qui en est comme une suite, ce qui est d'une grande injustice.

Mais, dira-t-on, si la femme se prive du Don mutuel, lorsqu'elle renonce à la communauté, & qu'elle reprend quittement & franchement ce qu'elle y a mis, ses héritiers priveront donc aussi le mari du Don mutuel en renonçant à la communauté & reprenant quittement & franchement, si la clause de reprise a été stipulée en leur faveur.

Il faut, ce semble, distinguer; ou les héritiers de la femme renoncent *en fraude* du mari, ou ils renoncent *sans fraude*.

Que l'on suppose que la femme ait mis en communauté 30000 liv. & qu'il ne s'y trouve que 20000 livres, la renonciation des héritiers de la femme sera assurément *sans fraude*, & dans ce cas, il n'y aura pas de Don mutuel pour le mari, parce qu'il n'a rien dans la communauté, & que tout ce qui s'y trouve est du fonds de la femme que ses héritiers représentent.

Mais si la communauté se trouve de 60000 l. la renonciation des héritiers de la femme sera en fraude du mari; & comme dans ce cas la

femme, si elle avoit survécu, auroit profité du Don mutuel en jouissant des 30000 liv. de son mari prédécédé, il est juste que le mari qui survit jouisse aussi des 30000 liv. de sa femme prédécédée. *Voyez ce qu'on a observé sur l'article 284.*

ARTICLE CCLXXXI.

Les pere & mere en mariant leurs enfans, peuvent convenir que le survivant joüira de la part du prédecédé dans les biens de la Communauté.

Pere & mere mariant leurs enfans, peuvent convenir que leursdits enfans laisseront joüir le survivant de leursdits pere & mere, des meubles & conquêts du prédecedé la vie durant du survivant, pourvû qu'ils ne se remarient, & n'est reputé tel accord avantage entre lesdits Conjoints.

Pere & mere mariant leurs enfans.] Cet article est une exception au précédent qui décide que *homme & femme conjoints par mariage, étant en santé, peuvent faire donation mutuelle de tous leurs biens meubles & conquêts immeubles faits durant & constant le mariage, pourvu qu'il n'y ait enfans, soit des deux conjoints, ou de l'un d'eux, lors du décès du premier mourant.*

Ainsi un Don mutuel se peut faire de trois manieres différentes.

Ou par le contrat de mariage des conjoints;

Ou par un acte particulier pendant le mariage;

Ou par le contrat de mariage de leurs enfans, en les grevant.

Et dans ces trois cas il doit *être insinué*, par les raisons rapportées sur l'article 284.

Comme *le Don mutuel* fait dans *ce troisieme cas*, est une convention faite entre le pere & la mere, dans le contrat de mariage des enfans, il est inutile que les enfans y donnent leur consentement, d'où il résulte qu'un tel Don se peut faire légitimement, tant au préjudice des *mineurs* que des *majeurs*, pourvu néanmoins que les enfans *soient mariés sortablement*, & que les pere & mere leur aient fait *des Dons proportionnés aux biens qu'ils avoient quand ils les ont mariés*; car s'ils les ont mal mariés, & ne leur ont pas fait des Dons convenables, le Don mutuel est nul; parce que s'il est nul *quand il y a des enfans* qui ne sont pas mariés, il s'ensuit qu'il est, pour ainsi dire, encore plus nul, lorsque les enfans sont *mal mariés*, & que les pere & mere en les établissant mal, ne leur ont pas rendu justice.

Nos Auteurs agitent la question de savoir si l'enfant ainsi marié peut anéantir le Don mutuel en rendant au pere ou à la mere survivant, la moitié de ce qu'ils lui ont donné en mariage, ou en imputant le total sur la part du prédécédé? Mais il faut dire que cela ne se peut, parce que s'il n'est pas au pouvoir du pere ou de la mere de révoquer le Don mutuel sans le consentement de l'autre, il est encore moins permis aux enfans de le faire, si ce n'est dans le cas où les enfans ont été mal pourvus, comme on vient de le dire.

Des meubles & conquêts du prédécédé la vie durant du survivant.] Cet article admet ici une espece de Don mutuel, quoiqu'il y ait des

enfans ; & par conſéquent ſi la femme renonce à la communauté, après que ſes enfans ont été mariés avec cette convention, elle ne jouira pas en conſéquence du Don, des conquêts faits par ſon mari, qui n'étoient pas communs quand il eſt décédé.

S'il y a un enfant marié à cette condition, & d'autres qui ne le ſoient pas, le ſurvivant des pere ou mere, & l'enfant marié feront enſemble une tête dans la ſucceſſion du pere ou de la mere prédécédés, l'enfant rapportera à cette ſucceſſion la moitié de ce qu'il aura reçu en mariage ; & les partages étant faits, le ſurvivant aura l'uſufruit ſa vie durant, de ce que l'enfant marié aura eu dans la ſucceſſion au-delà de la moitié du Don qu'il a rapporté. Cela eſt ainſi lorſqu'il n'y a que des meubles & des conquêts dans la ſucceſſion du pere ou de la mere prédécédés ; mais s'il y a auſſi des propres, l'enfant marié, obligé au rapport, doit moins prendre ſur les propres, & le ſurvivant doit jouir ſa vie durant de la part entiere de l'enfant dans les meubles & les conquêts.

Lorſque des conjoints qui ont, par exemple, deux enfans, en auront marié l'un avec *cette convention* & l'autre ſans cette convention, il arrivera donc que celui dont le contrat de mariage n'aura pas été fait ſera avantagé plus que l'autre dans la ſucceſſion du prédécédé, puiſque le ſurvivant ne pourra pas prétendre contre lui un tel uſufruit.

Et comme un pere & une mere ne peuvent avantager aucun de leurs enfans venant à leur ſucceſſion au préjudice des autres, ſuivant l'article 303, quelques-uns ont conclu de-là qu'une telle convention étoit nulle quand elle étoit appoſée

dans le contrat de mariage d'un des enfans, & qu'elle ne l'étoit pas dans le contrat de mariage de l'autre.

A quoi quelques Auteurs modernes ont très-bien répondu que cette convention devoit subsister en faveur du pere ou de la mere survivant; & que pour conserver la parfaite égalité entre les enfans, celui qui étoit ainsi avantagé devoit tenir compte de son profit à l'autre; ce qui est plus juste & plus conforme à la raison.

Si donc la jouissance des meubles & des conquêts, donnée au survivant, est estimée *dix mille livres*, & qu'il n'y ait que deux enfans, celui qui sera avantagé par l'omission de la convention, fera raison à son frere de la somme de 5000 livres. *Voyez Ricard sur cet article.*

Si la mere est la survivante, & si elle renonce à la communauté, il est juste qu'elle profite de cette convention, au cas qu'après les dettes payées, il reste des meubles & des conquêts; parce qu'il est vrai de dire qu'elle a en quelque maniere acheté ce petit profit, en se dépouillant pour établir ses enfans.

S'il arrive que tous les enfans mariés avec cette convention décedent, la convention n'aura plus d'effet à l'égard des meubles, parce que le survivant, d'usufruitier qu'il étoit, en aura la pleine propriété comme héritier de ses enfans. Et par la même raison l'usufruit des conquêts ne lui pourra être contesté contre les dispositions des articles 270 & 314. Mais la question est de savoir si le survivant profitera de cette convention en cas qu'il renonce à la succession de ses enfans. Et le mieux est de dire qu'il en doit profiter.

Pourvu qu'ils ne se remarient.] Ces mots operent-ils une condition? Et si le survivant se remarie

dix années après le prédécès de l'autre conjoint, ce second mariage aura-t-il un effet rétroactif, enſorte que le ſurvivant ſoit obligé de reſtituer les fruits perçus pendant tout le temps qu'il eſt reſté veuf?

Les Commentateurs traitent cette queſtion ſur l'authentique *cui relictum*, *Cod. de indicta viduitate tollenda*; & après eux *Mantica de conjecturis*, *lib. 11*; & ils ſont d'avis que le ſurvivant doit rendre & reſtituer tous les fruits perçus avant ſon mariage.

Mais je ne crois pas que leur avis puiſſe avoir ici aucune application, par deux raiſons.

La *premiere*, parce que la Coutume uſe des mêmes termes dans l'article 268 à l'égard de la garde, lequel décide qu'elle *dure aux enfans mâles juſqu'à vingt ans*, *& aux femelles juſqu'à quinze ans accomplis*, *&c.* pourvu que leſdits pere & mere ne ſe remarient. Et perſonne ne doute que le ſurvivant des conjoints qui a accepté la garde, & qui paſſe en ſecondes noces dix ou douze années après n'eſt pas obligé à la reſtitution des fruits perçus pendant ſa viduité. *Voyez* de Renuſſon *de la Garde*, chap. 10, pag. 210, 211.

Tel étoit l'ancien Droit qui étoit fondé en raiſon & en juſtice, parce que le ſurvivant ayant fait deſſervir les fiefs des mineurs en faiſant pour eux les fonctions de Vaſſaux, & s'étant acquittés de leurs autres devoirs, il y auroit eu de la dureté de leur ôter des fruits qui paroiſſoient juſtement acquis, & d'ailleurs perçus & conſumés de bonne foi.

Et la *ſeconde*, parce que dans le cas de l'article 281, il n'a pas la jouiſſance, ſelon ſa convention, des meubles & des conquêts du prédécédé, à titre gratuit, ni comme une pure

libéralité, mais comme une espece de dédommagement du Don qu'il a fait à son enfant en avancement d'hoirie lorsqu'il le marie. De sorte que si dans le cas de la garde le survivant qui se remarie gagne les fruits perçus pendant la viduité, il s'ensuit, à plus forte raison, qu'il doit les gagner dans le cas de l'article 281 ; parce que, dans le cas de garde, le survivant qui ne l'accepte que lorsqu'elle est bonne y profite toujours; au lieu que dans le cas de l'article 281, le survivant qui s'en dépouille ne fait que se dédommager, en se réservant ainsi de quoi vivre.

A ces deux raisons on peut en ajouter une troisieme ; c'est que le survivant n'ayant fait ce Don qu'à cette condition, en mariant son enfant, il faut que cet enfant l'accomplisse. De sorte que s'il veut que le survivant qui s'est remarié lui restitue les fruits perçus avant que d'avoir passé en secondes noces, il faudra qu'il restitue au survivant tout ce qu'il a reçu de lui, avec les fruits. De sorte que l'enfant qui est assez perfide pour faire à son pere ou à sa mere un tel procès, n'en peut tirer aucun avantage.

Cette question se présenta en la Grand'Chambre, en 1727, le 4 ou le 5 du mois d'Août; elle fut plaidée; &, sur les conclusions de M. l'Avocat-Général d'Aguesseau, il a été jugé que la disposition de cet article avoit un effet rétroactif, & que le pere, qui avoit passé en secondes noces, devoit restituer les fruits intermédiaires; ce qui est très-dur, parce qu'il y avoit de la justice de faire rendre ainsi au fils les fruits du Don à lui fait par le pere depuis le décès de sa mere; la condition sous laquelle le Don avoit été fait n'ayant pas été accomplie de la part du fils, puisqu'il ôte à son pere les fruits perçus.

ARTICLE CCLXXXII.

Les Conjoints par mariage ne se peuvent avantager que par Don mutuel.

Homme & femme conjoints par mariage, constant icelui ne se peuvent avantager l'un l'autre par Donation faite entre-vifs, par testament ou ordonnance de derniere volonté ne autrement, directement ne indirectement, en quelque maniere que ce soit, sinon par Don mutuel, tel que dessus.

Des Mares, décision 235. *Lucius, lib. 8, placitor, tit. 6, n. 3, p. 167.* Coquille, q. 102, 137, 149.

On agite la question de savoir si la femme peut donner à la mere de son mari; & si l'on examine bien cet article & le suivant, elle se trouvera décidée. Car si c'est un avantage indirect, selon l'article 283, que de donner à l'enfant du conjoint, il est évident que c'est à plus forte raison un avantage indirect que de donner à la mere du mari, & sur-tout quand le mari est fils unique. Jason, dans ses Conseils, liv. 1, chap. 110; Alciat. dans son Conseil 17, liv. 2, n. 1; Gallia sur la Coutume d'Alexandrie sur le mot *Uxori, q. 3, fol. 208;* & Rodenburg dans son Traité *de jure conjugum, tit. 2, cap. 4, p. 260,* ont néanmoins été d'avis que ces sortes de Donations étoient bonnes; & du Frêne dans son Journal, liv. 5, chap. 9, rapporte un Arrêt du 15 Mai 1649, où la Cour a suivi l'avis de ces Auteurs.

Mais il faut ici remarquer que les Donations ſont plus reſtreintes entre les conjoints, qu'entre ceux qui convolent en ſecondes noces, puiſque les conjoints ne ſe peuvent rien donner en propriété; au lieu que ceux qui convolent en ſecondes noces, ſe peuvent avantager avant leur mariage, de leurs propres & acquêts, juſqu'à la concurrence de la part d'un de leurs enfans dans leurs ſucceſſions.

Si la femme qui convole en ſecondes noces, donne à ſon mari plus qu'au moins prenant de ſes enfans, la Donation eſt nulle pour l'excédent; & non-ſeulement elle eſt nulle quand elle eſt faite au mari même, mais encore quand elle eſt faite à ſes enfans, ou à ſes pere & mere.

Puiſque la femme qui convole en ſecondes noces eſt préſumée avantager indirectement ſon mari lorſqu'elle donne à ſes pere & mere, il faut donc conclure que celle qui eſt mariée doit auſſi être préſumée avantager indirectement ſon mari quand elle fait de pareilles libéralités, & que par conſéquent toutes ces Donations ſont également nulles.

L'Edit eſt conçu en ces termes, qui ſont déciſifs. *Femmes veuves aïant enfant ou enfans de leurs enfans, ſi elles paſſent à nouvelles nôces, ne peuvent & ne pourront en quelque façon que ce ſoit, donner de leurs biens meubles, acquêts ou acquis par elles, d'ailleurs que de leur premier mari, ni moins leurs propres, à leurs nouveaux maris*, pere, mere ou enfans *deſdits maris, plus qu'à l'un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans, &c.* Vid. *Argentr. in Conſ. ant. Brit. tit. de Donat. art. 218, gloſſ. 9, n. 3, 4, &c. & art. 220, gloſſ. 8, n. 13, Boërium in Conſuet. Bituric. tit. 8*, des Mariages, §. 1, 11, 13. Bacquet, *des Droits de Juſtice*, chapitre 21, n. 318; & le Grand ſur la Cou-

tume de Troyes, art. 84, gloſſ. 2, n. 20, 21.

Directement ni indirectement, &c.] Il ſe commet des fraudes contre la prohibition de cet article auxquelles il eſt difficile de remédier.

Dans nos Pays coutumiers les femmes conſervent la propriété des fonds qu'elles avoient avant que d'être mariées, ou que leurs peres & leurs meres leur ont donnés en mariage; mais comme l'eſtimation qui en eſt faite par le contrat de mariage n'opere jamais de vente, ce qui avoit été obſervé par du Molin ſur l'article 55, gloſe 1, n. 100, de l'ancienne Coutume. *Æſtimatio illa*, dit il, *non fuit facta venditionis cauſa, ſed cauſa deſignandi valorem ut ſciretur quantum dotis reſtabat ſolvendum in pecunia; conſtat eo ipſo quod dictum fuit domum futuram proprium patrimonium filiæ igitur; nullo modo venditur, &c.*

Il en réſulte que le mari qui, gagné par ſa femme, veut l'avantager indirectement, n'a beſoin que de l'autoriſer pour vendre ſes maiſons, ou ſes terres, en doublant ou triplant le prix par le contrat de vente; enſorte qu'au lieu du prix que ces fonds avoient été eſtimés par ſon contrat de mariage, à la diſſolution de la communauté, elle en emportera le double & le triple.

Et quand un mari veut s'avantager lui-même au préjudice de ſa femme, ſi ſa maiſon qu'il vend ou ſa terre ne valent que 30000 liv. il n'a qu'à faire mettre dans le contrat 60000 livres, & par ce moyen il aura gagné 30000 liv. Ces fraudes, & pluſieurs autres, ſe commettent ſouvent, & on a de la peine à les découvrir, & plus encore à les prouver.

Chez les Romains il étoit difficile aux conjoints de s'avantager entre-vifs par ces ſortes de fraudes; car ſelon leurs Loix, pratiquées exac-

tement dans nos Pays de Droit écrit : ou leurs dots étoient *inestimées ;* & pour lors elles étoient ordinairement inaliénables, même du consentement des femmes :

Ou elles étoient estimées, & elles étoient réputées vendues aux maris, ce qui n'étoit pas pour eux un avantage, parce que les femmes ou leurs parens estimoient toujours les dots au-de-là de leur valeur ; & d'ailleurs, parce qu'elles étoient aux périls & fortunes des maris, qui en pouvoient disposer comme propriétaires.

Cela étoit ainsi lorsque les maris étoient riches, & qu'il n'y avoit rien à craindre en leur donnant des dots estimées.

Mais quand les maris n'étoient pas riches, en leur donnant ainsi des dots estimées, il y avoit *pacte* ordinairement qu'ils ne pourroient pas vendre, & qu'ils rendroient les biens de la femme en nature, auquel cas l'estimation n'emportoit pas *vente.* Et cependant dans ce cas les biens dotaux pouvoient être vendus par le mari, du consentement de sa femme. C'est la décision des Jurisconsultes dans la Loi derniere, *Dig. de Pactis ;* & dans la Loi *Æstimatis 50, soluto matrimonio*, dont Cujas fait ainsi l'espece :

Mulier viro dedit in dotem res æstimatas CERTO PRETIO *; mox* PACTO CONVENTO, *hoc actum est inter eos, ut maritus* SOLUTO MATRIMONIO, *non haberet electionem utrum mallet res offerre, an æstimationem earum, sed* UT OMNINO RES IPSAS OFFERRET ET RESTITUERET, HABITA RATIONE *augmenti & diminutionis ipsarum rerum boni viri arbitratu; si maritus res quasdam dotales* VENDIDERIT *quæ extent tempore soluti matrimonii, quæritur an hæ etiam res uxori omnimodo restituendæ sint. Et ait restituendas esse, quia extant, & venditio eas non perimit. Restituendas, inquam, esse* SI NE-

QUE VOLENTE, NEQUE RATUM HABENTE UXORE *venierint. Voluntas enim exigitur si res sunt immobiles quæ marito venumdatæ sunt.*

Et quand la femme avoit ainsi donné son consentement à la vente, elle ne pouvoit demander que l'estimation *portée par son contrat de mariage, qui étoit fixe & constante*, & non celle qui étoit portée par le contrat de vente, qui étoit considérée comme suspecte, suivant la Loi *Æstimatis 50, Dig. soluto matrimonio*, dont voici les termes :

Æstimatis rebus in dotem datis, pactum interceſſit ut ex quacumque cauſa dos reddi deberet, ipſæ res reſtituerentur, habita ratione, augmenti & diminutionis viriboni arbitratu : ſi quæ vero non extarent, ÆSTIMATIO EARUM. *Quæſitum eſt cum res quædam, quas maritus vendiderat extarent, an ſecundum pactum, & hæ ad mulierem pertinerent ?* Reſpondi. *Res quæ extant, ſi neque volente, neque ratum habente muliere veniſſent, perinde reddendas, atqui ſi nulla* ÆSTIMATIO *interveniſſet, &c.*

Il n'y a rien de plus clair ni de plus net que cette déciſion. Le mari qui a accepté une dot eſtimée, avec pacte qu'il ne pourroit pas aliéner, n'a point d'autre parti à prendre que de rendre les effets en nature, s'il les a aliénés du conſentement de ſa femme, parce que la vente en eſt nulle, ou de rendre l'eſtimation portée par le contrat de mariage *ab initio æſtimatio*, comme s'explique très-bien Paul de Caſtres, & après lui Barboſa, dont voici les paroles, dans ſon Commentaire ſur cette Loi, n. 32 : *Cum pactum continet ut res extantes reſtituantur, tacite videtur cautum ut ſi non extent videantur æſtimatæ & ſic reſtituatur æſtimatio ſecundum quantitatem expreſſam tempore pacti.... Ita precedens æſtimatio efficit viam*

quamdam mediam eligi ; ut scilicet fundus æstimatus qui ex pacto reddendus est, post solutum matrimonium non possit quidem alienari invita uxore, tamen ea volente alienari possit. Et sic facta hac æstimatione venditur marito fundus sub tacita conditione si mulier potius velit habere æstimationem quam fundum : cum igitur consentiendo rem vendi per maritum, satis indicaverit se potiùs velle æstimationem quasi purificata conditione sub qua æstimatio inducebat venditionem, valida debet censeri alienatio, &c.

Cette question si belle, dans le Droit Romain, se présenta en la Cour, en 1725, dans l'espece suivante :

Charles Beraud épousa, en Portugal, Michaela Cactana d'Olivarez, mineure, sous la tutelle de sa mere *morales*.

Cette fille avoit un *Morgado* de 6 ou 7000 l. de rente ; mais comme elle n'en avoit que la jouissance sans le pouvoir aliéner, parce qu'un tel bien étant substitué en faveur des héritiers des familles, l'estimation que l'on en feroit seroit inutile ; de sorte qu'en Portugal les morgados, les majoralas ou les majorats ne se donnent point en dot.

Comme la future épouse avoit, comme héritiere de son pere, des biens libres, la mere les lui constitua en dot. Et parce qu'en Portugal la dot doit être estimée pour fixer les *arrhes* des femmes ou leur augment de dot, qui est toujours du tiers, les parens de la mineure sont curateurs. Et le Juge des orphelins qui y fut appellé pour la forme, convint que ces biens seroient donnés au futur époux, selon l'estimation qui en avoit été faite, lorsque la mineure partagea avec son frere la succession de leur pere commun ; ce qui fut accepté par le futur époux. Et entre ces biens ainsi donnés en dot

pour 21000 liv. il y eut une métairie nommée du Murtal, qui fut estimée 2500 liv.

Cette estimation étant une vente dont le prix étoit de 21000 liv. selon les lettres de partages qui furent par cette raison annexées au contrat de mariage; les parens connoissant que l'époux avoit peu de bien, & craignant qu'il ne dissipât la dot de la mineure, ils firent stipuler que l'époux seroit obligé de rendre en nature à la dissolution du mariage, tous les effets qui composoient cette dot, sans pouvoir les vendre; & que s'il survenoit à cet égard quelque difficulté, elle seroit décidée suivant les Loix de Portugal.

L'époux passa ensuite en France avec sa femme, pour y vendre son bien, & en emporter le prix en Portugal. Il fut obligé, par la situation de ses affaires d'y rester plusieurs années. Et comme l'argent leur manquoit par la difficulté d'en tirer de Portugal, il vendit, *du consentement de sa femme*, cette métairie du Murtal, dont on a parlé ci-dessus; mais quoiqu'elle eût été sur-estimée en dot, parce que dans tous les Pays du monde on favorise les filles à marier en mettant leurs biens à plus haut prix qu'ils ne valent, pour leur faire avoir de plus grosses *arrhes* ou de plus gros douaires, le mari qui vouloit avantager sa femme indirectement, fit mettre dans le contrat de vente, contre la vérité, qu'il avoit reçu la somme de 7000 liv.

Quelques années après il mourut à Paris. Et sa veuve, après avoir fait un inventaire frauduleux, & après avoir disposé de tous les meubles qui étoient restés en Portugal, en dépôt chez sa mere, elle forma sa demande au Châtelet contre la sœur de son mari défunt & son héritiere bénéficiaire, pour se voir condamner à lui payer sa dot dont elle avoit pris les effets; &

à lui payer le prix de la *metairie du Murtal*, non eu égard à l'estimation de 2500 liv. portée par son contrat de mariage, mais sur le pied de 7000 liv. selon le contrat de vente.

La sœur, héritiere du frere, fournit des défenses en remontrant que le contrat étoit frauduleux, qu'il contenoit un avantage indirect, que ce cas étoit décidé expressément par le Droit Romain suivi en Portugal, & que comme le contrat de mariage de son frere portoit expressément que les questions qui surviendroient à ce sujet seroient décidées selon le Droit de Portugal, elle demandoit d'être jugée suivant les Loix Romaines.

Il y eut Arrêt, sur production des Parties, en la cinquieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Soules, par lequel, tout d'une voix, la sœur héritiere bénéficiaire fut condamnée de payer le prix de la *métairie du Murtal*, sur le pied de 7000 liv. Et j'ai appris de Messieurs qu'ils s'étoient ainsi déterminés, parce que l'estimation faite entre la mineure & son frere, par leurs lettres de partage, qui étoient constamment un titre translatif de propriété, n'étoit pas une *vente* dans le *contrat* de mariage de la mineure quoique cette même estimation y eût été annexée après y avoir été reportée & solemnellement approuvée par tous les parens de la nouvelle épouse, par son curateur, par le Juge des orphelins, & acceptée par le mari qui avoit pris tous les effets dotaux pour le même prix, & spécialement la métairie du Murtal, pour 2500 liv.

Si le mari ne peut avantager sa femme *directement ou indirectement*, il s'ensuit, par une conséquence nécessaire, que la femme ne peut s'avantager elle même en volant son *mari* ou ses *héritiers*. Ensorte que si le vol qu'elle a commis

eſt bien prouvé, elle ou ſes héritiers en doivent tenir compte aux héritiers de ſon mari.

Dans l'eſpece dont on vient de parler, *Michaela Cactana d'Olivarez*, qui avoit apporté en dot, au ſieur Beraud ſon mari, des *colliers de perles fines* eſtimés, par ſon contrat de mariage, 3000 ou 4000 liv. en vola les perles à ſon mari infirme, pendant la communauté. Et ayant ſurvécu ſon mari près de deux années, on trouva ſous *ſon ſcellé*, après ſa mort, un billet écrit & ſigné de ſa main, par lequel elle avouoit de bonne foi ſon crime, *& privoit ſes héritiers quels qu'ils fuſſent, de ne point inquiéter ſon mari*, déclarant de bonne foi qu'elle les avoit volées ſans qu'il en eût eu aucune connoiſſance.

Ce billet écrit d'elle & ſigné de ſa main, qui portoit cette déclaration, fut inventorié, il fut enſuite produit au procès; & la demoiſelle Beraud, héritiere ſous bénéfice d'inventaire, du mari, ſon frere, à qui la veuve avoit eu la perfidie de demander le prix des perles qu'elle lui avoit volées, ayant conclu à ce que *le prix* de ces perles volées lui fût déduit & compenſé ſur les vingt & un mille livres de dot que la dame Michaela-Cactana d'Olivarez avoit apportées en mariage, par l'Arrêt du 7 Août 1725, rapporté ci-deſſus, la *veuve* ou ſon ceſſionnaire furent déchargés de cette demande, & la ſœur héritiere condamnée à payer le prix de la dot en entier; &, par conſéquent, de rendre à celui qui repréſentoit la veuve, les 3000 liv. de perles qu'elle avoit reconnu avoir volées. Et j'ai appris de Meſſieurs qu'ils ont regardé le billet comme un avantage indirect que la femme avoit voulu faire à ſon mari.

ARTICLE CCLXXXIII.

Un des Conjoints ne peut conſtant le mariage, donner aux enfans d'un premier lit de l'autre Conjoint.

Ne peuvent leſdits Conjoints donner aux enfans l'un de l'autre d'un premier mariage, au cas qu'ils ou l'un d'eux ait enfans.

Cet art. eſt pris de l'Edit des ſecondes noces. *Au cas qu'ils, ou l'un d'eux ait enfans.*] C'eſt-à-dire, que la Donation eſt nulle au cas que les conjoints aient des enfans communs, ou qu'ils en aient tous deux d'un premier lit, ou qu'il n'y ait que l'un des conjoints qui ait des enfans auxquels la Donation ſoit faite par l'autre conjoint pendant le ſecond mariage; ainſi cet article doit être entendu, comme s'il étoit conçu en ces termes : *Ne peuvent leſdits conjoints donner aux enfans l'un de l'autre d'un premier lit, ſoit qu'ils aient des enfans communs, ſoit qu'ils en aient tous deux d'un premier mariage, ou qu'il n'y ait qu'un d'eux qui ait des enfans.* On ne peut jamais donner un autre ſens à cet article; & après que les Réformateurs avoient nettement décidé dans l'article 276, que les Donations faites aux enfans des tuteurs, ſont nulles, parce que les Donations ſont nulles quand elles ſont faites aux tuteurs mêmes : il falloit néceſſairement décider que les Donations faites par un conjoint aux enfans d'un premier mariage de l'autre des conjoints, ſont nulles, parce que les Donations ſont nulles entre les deux conjoints. Et l'intention des Réforma-

teurs n'a point été qu'on allât examiner si le conjoint qui donne aux enfans de l'autre d'un premier mariage, a des enfans ou s'il n'en a pas. *Voyez* l'article 41, où il y a une expression semblable à celle qui est dans celui-ci, & l'art. 280, à la fin.

Les Commentateurs rapportent néanmoins des Arrêts qui ont jugé que celui des conjoints qui n'avoit point d'enfans, pouvoit donner aux enfans de l'autre conjoint. Mais si la question se présentoit, la Cour la décideroit peut-être selon la disposition précise de cet article.

ARTICLE CCLXXXIV.

Le Don mutuel ne saisit point, & quand il a été insinué, il ne peut plus être révoqué que du consentement des deux Conjoints.

Un Don mutuel de soi ne saisit, ains est sujet à délivrance, & pour être valable, doit être insinué dans les quatre mois du jour du contrat, & l'insinuation faite par l'un d'eux, vaut pour tous deux. Après laquelle insinuation, ledit Don mutuel n'est revocable, sinon du consentement des deux Conjoints.

Un Don mutuel de soi ne saisit.] Et il ne saisiroit point encore, quand même il y auroit clause de constitut ou précaire, lesquelles ne valent rien, parce qu'on ne peut empêcher par aucunes contestations, que l'héritier légitime ne soit saisi,

Voyez du Molin sur l'article 187 de l'ancienne Coutume; & Pontanus sur l'article 176 de la Coutume de Blois.

Doit être insinué, &c.] Voyez l'Ordonnance de François premier, de l'an 1539, art. 132; la Déclaration d'Henri II, de l'an 1549, art. 2; l'Edit de Moulins, de l'an 1560, art. 58.

Dans les quatre mois du jour du contrat.] Comme les biens acquis depuis le Don mutuel y tombent constamment, il faudroit, ce semble, que l'insinuation en fût faite dans les quatre mois, à compter du jour que l'acquisition en a été faite. Cependant les insinuations en peuvent aujourd'hui être faites après les quatre mois, pourvu que ce soit du vivant du Donateur; mais quant à la femme qui est en puissance de mari, comme on ne peut lui imputer le défaut d'insinuation du Don mutuel tant que son mari vit, il lui suffit de l'avoir faite dans les quatre mois après qu'il est décédé.

Après laquelle insinuation, &c.] Comme les Donations universelles, mutuelles & réciproques, même entre étrangers, sont favorables à cause de leur incertitude, l'usage s'est introduit avec raison, que pendant cette incertitude un des Donateurs ne peut le révoquer au préjudice de l'autre, parce que s'il leur étoit permis de les vendre & de les engager, il se trouveroit qu'il seroit au pouvoir de chacun des deux d'anéantir le Don mutuel sans le consentement de l'autre, contre la disposition précise de cet article, qui décide que *la Donation mutuelle entre mari & femme n'est révocable, sinon du consentement de l'un & de l'autre.*

Ledit Don mutuel n'est révocable, sinon du consentement des deux Parties.] Comme le Don mutuel, suivant l'article 280, n'est que des *meubles*

& des *conquêts immeubles* que les conjoints acquerront & auront au jour du décès du premier mourant ; comme ce Don n'empêche pas que chacun des conjoints demeure en poſſeſſion de ce qui lui appartient, attendu qu'il ne s'en deſſaiſit pas ; & comme enfin ce Don, ſuivant cet article, eſt irrévocable, ſi ce n'eſt du conſentement des deux Parties, il s'enſuit qu'il eſt parfait par leur conſentement mutuel.

Or quand un contrat eſt une fois tellement parfait par le conſentement des deux Parties, qu'il ne peut être révoqué que par leur mutuel conſentement, il s'enſuit que le changement qui ſurvient par l'une des deux Parties, ne donne aucune atteinte au Don. Ainſi le Don eſt toujours bon, quoique le mari, s'il eſt devenu en démence, ſoit interdit, & qu'il y ait eu des meubles acquis depuis l'interdiction ; il en doit être de même ſi le Don étant fait de la propriété des meubles dans une Coutume qui permet une telle diſpoſition, le mari, que ſa femme eſt obligée de ſuivre malgré elle, change de domicile & vient demeurer à Paris où le Don mutuel des meubles n'eſt qu'en uſufruit. Ce qui ne doit avoir aucune difficulté pour ceux qui ſe reglent par principes.

ARTICLE CCLXXXV.

Le Donataire mutuel ne gagne les fruits que du jour qu'il a préſenté en jugement caution ſuffiſante.

Le Donataire mutuel ne gagne les fruits que du jour qu'il a préſenté caution ſuffiſante, & demeurent les fruits

à l'héritier jusques à ladite caution présentée. Laquelle caution il peut présenter en jugement dès la premiere assignation.

ARTICLE CCLXXXVI.

Quelles dettes & quels frais le Donataire mutuel doit avancer.

Le Donataire mutuel est tenu avancer & payer les obseques & funerailles du premier decedé, ensemble la part & moitié des dettes communes, dûës par ledit premier decedé ; lesquelles obseques & funérailles, & moitié des dettes, lui doivent estre déduites sur la part & portion dudit premier decedé : Toutefois n'est tenu payer les legs, & autres dispositions testamentaires.

Cet article paroît contraire au 284 ; car si, selon l'article 284, *après* que l'insinuation a été faite, le Don mutuel n'est *plus révocable*, *si ce n'est du consentement des deux Parties*, on ne conçoit pas comment la femme que l'on suppose survivante & Donataire mutuelle, peut être tenue, suivant cet article-ci, *d'avancer la moitié des dettes communes dues par son mari premier décédé*, *&c.*

Pour entendre cet article qui est difficile, il faut distinguer : ou le mari a fait des dettes *avant le Don mutuel*, ou il les a faites *après le Don mutuel.*

S'il

S'il les a faites *avant le Don mutuel*, comme on ne compte pour biens que ce qui reste, les dettes payées, ces dettes que le mari aura faites diminueront d'autant la communauté, & à proportion sa succession.

Que l'on suppose que la communauté soit de 100000 liv. & qu'il y ait 40000 liv. de dettes, ces 40000 liv. de dettes étant prélevées, le fonds de la communauté se trouvera de 60000 livres, dont il y aura 30000 l. pour le mari, & 30000 l. pour la femme; & comme l'on suppose un Don mutuel, la femme aura la jouissance des 30000 l. qui appartenoient à son mari.

Mais comme la communauté est chargée de 40000 liv. de dettes, & qu'il s'y trouve réellement pour *100000 liv. d'effets*, il est juste que la femme qui jouit de ces *100000 livres*, paie d'abord les 40000 liv. de dettes; & qu'ainsi elle donne d'avance les 20000 liv. que son mari en devoit, parce qu'elle ne doit pas jouir de toute la communauté sans en payer toutes les charges; & ainsi il est bien décidé par cet article que *le Donataire mutuel sera tenu d'avancer la moitié des dettes communes dues par le premier décédé, sauf à les déduire sur la part & portion du premier décédé.*

Si le mari a contracté les dettes *depuis le Don mutuel*, il est évident qu'il en doit être en ce cas comme *du douaire coutumier*; & par conséquent, comme le mari ne peut donner atteinte au douaire coutumier de sa femme par des dettes postérieures, il ne peut aussi empêcher que sa femme ne jouisse, *à cause du Don mutuel*, de la moitié qu'il a dans les conquêts; & comme à cet égard elle doit être préférée à tous les créanciers postérieurs au Don mutuel, il s'ensuit qu'elle n'est tenue de leur payer d'avance, ni ce qui leur est dû pour *la part de son mari, ni les frais funé-*

raires du défunt, non plus que *ſes legs & ſes diſpoſitions teſtamentaires.* Joignez la note ſur l'article 84.

ARTICLE CCLXXXVII.

Celui qui joüit du Don mutuel, doit faire les reparations viageres, & payer les arrérages des rentes tant foncieres que conſtituées.

Auſſi eſt tenu celui qui veut joüir du Don mutuel, faire faire les réparations viageres étant à faire ſur les heritages ſujets audit Don mutuel; & payer les cens & charges annuelles, & les arrerages, tant des rentes foncieres, que des autres rentes conſtituées pendant la Communauté, échus depuis la joüiſſance dudit Don mutuel, ſans eſperance de les recouvrer.

Réparations viageres.] Voyez l'article 262, à la fin.

Que des autres rentes conſtituées.] Voyez la note ſur l'article précédent.

ARTICLE CCLXXXVIII.

L'Heritier peut demander contre le Donataire mutuel, que les biens estimez par l'inventaire soient prisez selon leur juste valeur.

L'Heritier peut demander à l'encontre dudit Donataire, que nouvelle prisée soit faite des meubles, par gens dont ils conviendront, pour estre lesdits meubles prisez à la juste estimation, autre que celle faite par l'inventaire; & en ce faisant, ledit Donataire aura la joüissance desdits meubles, sans qu'il soit tenu les faire vendre.

L'usufruit étant le droit d'user d'une chose qui appartient à un autre, & d'en percevoir les fruits ou le profit, il s'ensuit qu'il ne peut consister que dans des fonds, des maisons, des esclaves, des chevaux, &c.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerum substantiâ... constituitur non tantum in fundo & ædibus, verum etiam in servis, jumentis, & cæteris rebus. Institutionib. de usufructu.

Quant aux choses qui se consument par l'usage, il n'y a pas proprement d'usufruit, parce qu'il n'est pas possible de conserver un droit sur une chose qui cesse d'être. *Excipiuntur quæ usu consumuntur, nam hæ res, neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum, quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus*

proximè est pecunia numerata, namque ipso usu assiduâ permutatione, quodammodo extinguitur. Inst. de usufructu.

Cependant on a introduit que des choses qui se consument par l'usage, il y auroit une espece d'usufruit par le moyen du cautionnement qu'un tel usufruitier bailleroit d'en rendre la valeur sur le pied qu'elles auroient été estimées; ensorte que cette estimation étant regardée comme une espece de vente, le domaine de ces sortes de choses passoit à l'usufruitier; ce qui n'avoit pas lieu à l'égard du véritable usufruit. *Utilitatis causâ*, dit Justinien, *senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ usus-fructus legatus sit ita datur legatario ut ejus fiat, & legatorius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda si morietur aut capite minuetur, &c.* Instit. de usufructu.

De-là il s'ensuit que le Donataire mutuel a réellement & véritablement l'usufruit des choses mobiliaires, qui ne se consument pas par l'usage, comme il a l'usufruit des immeubles. D'où il résulte que pour ces meubles, comme pour les immeubles, il n'a que la caution ordinaire à bailler, *usurum se boni viri arbitrio, & cum usus-fructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit Lege 1*, §. *3*. Digestis. Usufructuarius quemadmodum caveat.

Les Interpretes ont demandé si l'héritier pouvoit exiger de celui qui est ainsi usufruitier des meubles *quæ usu non consumuntur*, d'en consentir l'estimation pour en rendre la valeur après l'usufruit fini.

Cette question est, ce semble, d'autant moins raisonnable qu'elle est faite contre le texte précis des Loix, Justinien décidant précisément dans

le §. *constituitur*, tranferit ci-dessus, que l'usufruit a lieu à l'égard des meubles, *quæ usu non consumuntur*, comme il a lieu à l'égard des immeubles, & le Jurisconsulte décidant dans la Loi 9, §. 3, *usufructuarius quemadmodum caveat*; que ces sortes de vêtemens qui se louoient chez les Romains, comme ils se louent parmi nous, devoient être restitués, l'usufruit étant fini, dans l'état où ils étoient, pourvu néanmoins qu'ils n'eussent pas été détériorés ni gâtés par la faute de l'usufruitier.

Si ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit, finito usufructu vestem redde, at tamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit. Vide *Galvanum de usufructu, cap. 3, num. 6; Bachovium & Vinnium ad* §. *constituitur de usufructu & Noodtum de usufructu, cap. 16, 17, 18.*

Cependant plusieurs Docteurs ont été d'avis que l'héritier pouvoit exiger de l'usufruitier de donner son consentement à l'estimation de tous les meubles, sans distinction, pour en rendre le prix convenu, après l'usufruit fini. Voici comme del Castillo Sotomayor s'exprime sur ce sujet dans son Traité *de Usufructu, cap. 16, n. 30*, en parlant des choses *quæ usu consumuntur, & quæ longissimo usu minuuntur*, comme tous les meubles meublans.

Vera igitur & magis communis opinio quod in præfatis rebus factâ prius æstimatione *caveri debeat de tantâ pecuniâ finitâ usufructu reddendâ, quæ maxime juvatur ex litera textus in dicto* §. constituitur, *Inst. de usufructu. Et probatur per Aretinum & Fabrum ibi & Bertrandum, Consilio 40, num. 7, lib. 2; Rolandum, Consil. 92, in fine, lib. 2, & indistincte receptior videtur & magis vera in puncto juris secundum Pinellum,*

2 parte, Legis 1, Cod. de bonis maternis numero ultimo in verſiculo finali Borguinum Cavalcanum de uſufructu mulieri relicto, n. 146, Malvaſſiam dicto Conſilio 120, numero 10, volum. 1. Pro quibus ultra alia concludenter facit quod alias non poſſet fieri plena reſtitutio, nec fructuorius tantumdem redderet, ſed multo minus, ſi res uſu & tempore deterioratas, & minoris valoris effectas reſtitueret, quod inconveniens ceſſabit, ſi facta æſtimatione, interponatur cautio de prætio æſtimationis, finito uſufructu reddendo.

Les Réformateurs de cette Coutume ont été de cet avis; & puiſque la Loi eſt écrite, il la faut ſuivre. *Videndus Antonius Faber ad Legem 9, §. 3. Uſufructuarius quemadmodum caveat, p. 185, colonna 2;* & Ricard du Don mutuel, n. 292.

Touchant l'uſufruit des *vaſes* & de la *vaiſſelle*, voyez la Loi *ſi vaſorum, Digeſt. uſufructuarius quemadmodum caveat.*

TITRE QUATORZIEME.

DES TESTAMENS ET EXÉCUTIONS D'ICEUX.

LES ſolemnités requiſes par les Loix Romaines pour la validité des Teſtamens, furent d'abord obſervées en France ſous les premiers Rois de la premiere Race, ce qui paroît évidemment par les Teſtamens de S. Bertran & de S. Hardouin, Evêques du Mans, & particuliérement par celui d'Ermentrude, publié dans l'Appendice de la Liturgie Gallicane, pag 465.

Ces ſolemnités donnerent ſouvent occaſion

aux héritiers de disputer aux Eglises les legs pieux, en contestant la validité des Testamens; & pour obvier à ces chicanes, les Peres du Concile de Lyon, de l'an 567, & ceux du cinquieme Concile de Paris, de l'an 615, déclarerent bons & valables tous les Testamens, non seulement des Evêques & des Clercs, mais aussi des Laïques, où les solemnités requises par les Loix Romaines auroient été omises. *Vid. Can. 2, Concil. Lugd. & 10 Concil. Paris.*

Depuis ces Conciles, chacun commença de tester à sa volonté; car en ce temps, peu de gens mouroient sans faire des legs à l'Eglise; & de-là vient que dans les Formules de Marculfe, qui écrivoit vers l'an 660, les solemnités des testamens inventées par les Romains, ne sont plus scrupuleusement observées. Ce qu'il étoit bon de remarquer, parce que l'illustre M. Bignon, dans ses notes sur le chapitre 17 du second livre de ces Formules, s'est étonné de ce que la clause codicillaire ne s'y trouve pas. *Cæterum hic videtur omissa clausula codicillaris, quam beatus Remigius & Hadoindus Cœnomanensis non omiserunt, (id codicillorum vice Valere præceps, si juris aliquid videbitur defuisse) quâ omissa testamentum minus perfectum vim codicillorum non habebat, Leg. 1. D. de jure codicillorum.*

Par succession de temps, les legs pieux, qui ne dépendoient au commencement que de la volonté des Testateurs, devinrent tellement forcés, qu'on alla jusqu'à refuser le Viatique & la sépulture à ceux qui étoient décédés sans avoir fait quelque don à l'Eglise: les Testamens où il y avoit toujours de ces dons, devinrent par ce moyen de la Juridiction Ecclésiastique, ce qui fut cause d'un nouveau Droit: car Alexandre III, vers l'an 1170, ayant ordonné, par une

Décrétale adreſſée à l'Evêque d'Oſtie, qu'il ſuffiroit à l'avenir pour la validité des Teſtamens, qu'ils fuſſent paſſés pardevant le Curé, avec deux ou trois témoins, Grégoire IX, l'an 1240, le 14 de ſon Pontificat, mit dans ſa Collection cette Décrétale, pour en faire une Loi univerſelle. Les Eccléſiaſtiques la reçurent; & il y eut enſuite des Conciles qui défendirent aux Laïques, ſous peine d'être privés de la ſépulture, de teſter ſans avoir appellé le Curé, ou un Prêtre commis de ſa part. Et de-là vient que par les articles 289 & 290, les Curés & leurs Vicaires peuvent encore recevoir des Teſtamens. *Vide Concilium Albienſe, tom. 2, Spicilegii Acheriani, p. 634, cap. cum eſſes, cap. relatum ext. de Teſtament. Et Innocentium Cironium extra ad eund. titulum.*

ARTICLE CCLXXXIX.

De la ſolemnité des Teſtamens.

Pour reputer un Teſtament ſolemnel, eſt requis qu'il ſoit écrit & ſigné du Teſtateur, ou qu'il ſoit paſſé pardevant deux Notaires, ou pardevant le Curé de la Paroiſſe du Teſtateur, ou ſon Vicaire general & un Notaire; ou dudit Curé ou Vicaire, & trois Témoins, ou d'un Notaire & deux Témoins; iceux Témoins idoines & ſuffiſans, mâles & âgez de vingt ans accomplis, & non legataires, & qu'il ait été dicté & nommé par le Teſtateur

audits Notaires, Curé ou Vicaire general, & depuis à lui relû en la presence d'iceux Notaires, Curé ou Vicaire general, & Témoins; & qu'il soit fait mention audit testament, qu'il a esté ainsi dicté, nommé & relû; & qu'il soit signé par ledit Testateur, & par les Témoins, ou que mention soit faite de la cause pour laquelle ils n'ont pû signer.

Qu'il soit écrit & signé du Testateur.] C'est ce qu'on appelle un *Testament holographe*. Comme toute écriture privée n'a point *d'hypotheque* parmi nous, il semble que ces sortes de Testamens devoient être compris sous cette regle; mais on a suivi la Constitution de *Justinien* dans la Loi premiere, *Codice Communia de legatis*; & l'on a voulu qu'ils portassent hypotheque. *Voyez* Bacquet, dans son *Traité des Droits de Justice*, ch. 8, n. 22, 26; le Brun, *des Successions*, liv. 4, ch. 2, section 4, pag. 659, nomb. 4, & le Réglement du Parlement de Normandie, art. 136.

Mais comme cette hypotheque ne commence à avoir lieu qu'en la personne des héritiers, chacun d'eux n'est tenu *hypothéquairement* qu'autant qu'il est tenu *personnellement*, & chacun d'eux n'est pas tenu pour le tout, ni *solidairement*, & encore n'y a-t-il que les biens du défunt qui soient soumis à cette hypotheque, & non leurs biens particuliers. *In omnibus hujusmodi casibus*, dit Justinien, *in tantum hypothecariâ unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, & hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personæ quæ gravatur*

fideicommissò, rerum, sed tantum modo eorum quæ à testatore ad eum pervenerint. Voyez Loiseau, *du Déguerpissement*, liv. 1, chap. 7, n. 6, 7.

Suivant l'ancien Droit Romain, comme Justinien le remarque lui-même dans cette Loi, le Testateur pouvoit ordonner que les biens qu'il délaissoit à ses héritiers seroient obligés au paiement de ses legs. *Lege fundus, Digestis, de annuis legatis. Lege Lucius, de alimentis legatis, Lege non est. De pignoratitia actione.* Et comme il est de raison que la Loi ou le Prince, qui est une Loi vivante, puissent autant que les particuliers, c'est sur ce fondement que Justinien a introduit cette hypotheque légale en faveur des légataires & des fidéicommissaires.

On forme plusieurs questions en interprétation de cette Loi.

La *premiere*, est de savoir si cette hypotheque légale a lieu contre les *tiers Détenteurs.*

T. en mourant fait son Testament holographe, & me laisse 10000 livres; son héritier vend à P. une Terre qu'il a eue de la succession du Testateur; pourrai-je agir contre P. en déclaration d'hypotheque?

Cœphalus dans son Conseil 98, nombre 15; Antoine Faber *de erroribus Pragmaticorum, c. 48*, & Ragueau, très-célebre Professeur de Bourges, dans son Commentaire sur la Loi premiere *Communia de legatis*, ont été d'avis que cette hypotheque légale n'avoit pas lieu contre le tiers détenteur. Et ils ont fondé leur sentiment sur ces termes de la Loi, *In tantum hypothecariâ unumquemque convenire volumus, in quantum personalis actio in eum competit, &c.* Or l'action personnelle ne peut être intentée contre le tiers détenteur; & par conséquent l'hypothéquaire ne le peut pas être aussi.

Jean Sandé, *libro 3, Deciſionum Friſcixarum, cap. 23*, page 217 de la derniere édition de 1699 à Bruxelles, y dit que cette queſtion s'étant préſentée deux fois en ſon Parlement, elle y a été décidée ſuivant cet avis, *hæc opinio bis arriſit & placuit ſenatui.*

Mais comme cette *nouvelle hypotheque* eſt preſqu'inutile au *légataire* & aux *fidéicommiſſaires*, tant que les héritiers ſont en poſſeſſion des biens des Teſtateurs, puiſque les Légataires, &c. peuvent faire condamner les héritiers par l'action perſonnelle; & enſuite, en vertu de la Sentence obtenue contre eux, faire ſaiſir leurs biens particuliers avec ceux des défunts, *Lege à divo Pio. De re judicata.*

Le mieux eſt de dire, ſuivant l'opinion commune, que cette hypotheque peut être intentée contre les tiers *détenteurs*; & tel eſt l'avis de Sandé, & de preſque tous les autres Auteurs. *Vidend. Caimus loco citato.*

On demande, *en ſecond lieu*, ſi l'immeuble légué eſt ſoumis à cette hypotheque? T. me legue ſa maiſon par ſon Teſtament holographe. P. ſon heritier, vend enſuite cette maiſon; Pourrai-je intenter l'action *hypothéquaire* contre le tiers détenteur à l'effet d'avoir cette maiſon? Et comme par le Droit Romain, après que la diſtinction des différens legs eût été ſupprimée, tout légataire étoit ſaiſi de plein droit de ſon legs, ſuivant ces paroles de *Neratius*, dans la Loi 64, *Dig. de Furtis. Quæ legantur rectâ viâ, ab eo qui legavit, ad eum cui legata ſunt, tranſeunt.* Et comme il n'eſt pas poſſible qu'on ait une hypotheque ſur la choſe même dont on eſt propriétaire, pluſieurs Docteurs ont ſoutenu qu'il n'étoit pas concevable; que le légataire peut en ce cas uſer de l'action *hypothéquaire* pour ſe faire

payer de l'immeuble qui lui étoit légué ; ce qui est traité au long par *Caimus ad Legem primam de legatis primo*, *quæstione 4*, *n. 59*, *p. 320*, *col. 2* ; par Wissambach *ad Leg. 1*, *Cod. Communia delegatis* ; & par *Barbosa ad Legem primam. Dig. de legatis*, *in 3 parte*, *n. 71*, où l'on peut voir les raisons pour & contre ; car plusieurs Docteurs ont soutenu que dans ce cas l'hypotheque pouvoit être exercée sur la chose léguée ; & entre autres Bartole, sur la Loi premiere. *Digestis de legatis primo.*

Mais, suivant notre Droit, ce n'est pas le légataire qui est saisi, c'est l'héritier ; & le légataire d'un corps certain n'en devient propriétaire que par la *délivrance* ou la *tradition* ; & par conséquent si l'héritier vend l'immeuble légué, avant que le légataire ait obtenu Sentence de délivrance, le légataire pourra fort bien exercer son action hypothéquaire contre le tiers détenteur, dans laquelle il conclura seulement *à ce que le tiers détenteur soit obligé de lui délaisser la possession de la chose léguée* ; ce qui lui sera beaucoup plus commode que la revendication où il seroit obligé de prouver sa propriété par titres, ce qui est toujours difficile ; mais il faut observer dans ce cas que le légataire ne peut exercer cette action hypothéquaire contre le tiers, qu'après avoir fait ordonner la délivrance avec l'héritier, comme le remarque très-bien Bacquet au lieu cité ci-dessus ; car nul légataire ne peut revendiquer son legs, qu'après la délivrance, ou après avoir obtenu Sentence qui la vaille.

On demande, *en troisieme lieu*, si lorsque le legs a été fait sous condition, & que l'immeuble légué a été vendu avant l'événement de la condition, le légataire sera préféré au tiers détenteur, ou le tiers détenteur au légataire ?

Baldus Novellus, dans son *Traité de Dot*, partie 10, à la fin, a été pour *le tiers acquéreur*, & dit qu'il a été ainsi jugé à Florence, parce qu'avant l'événement de la condition, l'héritier est le maître absolu de la chose léguée. Mais son avis a été rejetté avec raison, parce que la condition, quand elle est arrivée, a son effet rétroactif au décès du Testateur; ensorte que l'hypotheque du légataire se trouvant antérieure au droit du tiers acquéreur, il est juste que le *légataire* soit préféré. *Raphael Cumanus ad Legem filiusfamilias 78, de verborum obligationibus*, *Alciat ad Leg. 1, Dig. de legatis, n. 29, q. 9*; *Fusarius de fideicommissariis substit. q. 612*; & *Caimus ad Legem 1, Dig. de legatis 1, p. 223*, ont été de ce dernier avis.

On demande, *en quatrieme lieu*, si le légataire pourra demander *provision* en cas que l'héritier conteste le Testament *holographe ?* Tronçon répond très-bien qu'il n'y aura lieu à la provision qu'après que le Testament aura été reconnu en Justice. *Voyez* cet Auteur sur l'article 292 de la Coutume de Paris, sur les mots *saines d'entendement*, à la fin.

Enfin l'on demande si le Testateur pourroit ordonner que son Testament *holographe* n'auroit pas d'hypotheque tacite ? Et comme Justinien n'a introduit cette hypotheque que pour seconder & faire exécuter les volontés des Testateurs, il est évident que si les Testateurs veulent que cette hypotheque n'ait pas lieu, leur intention doit être suivie.

Les Commentateurs sur la Loi premiere, au Code *Communia de legatis*, ont été d'avis que si le Testateur, suivant l'ancien Droit Romain, avoit dit par son Testament que ses biens seroient hypothéqués à ses legs, cette hypotheque seroit

solidaire, d'où il résulte que si parmi nous le Testament est passé pardevant Notaires, l'hypotheque devroit être aussi *solidaire*, puisque le Testateur l'a ainsi constituée tacitement sur ses biens. Du Molin, dans son Traité *de dividuis & individuis*, a été d'un avis contraire.

Ou pardevant le Curé.] Voyez l'article 63 de l'Ordonnance de Blois.

Les Canonistes ont demandé si la présence du Curé pouvoit être suppléée par deux témoins? Et plusieurs ont été d'avis qu'elle le pouvoit être. Voici comme Covarruvias s'est expliqué sur ce sujet dans son Commentaire sur le chapitre *cum esset 12, n. 13, extra de Testamentis*, qui a aboli le nombre des témoins introduit par le Droit civil dans les Testamens. *Si presbyter*, dit il, *huic actui non adsit, loco tamen ejus sint præsentes duo testes, validum erit hoc Testamentum, quia duo testes satis gerunt vices unius quantumcumque maximæ autoritatis, cap. licet, cap. eum à nobis de testibus, &c.*

Boetius Gio, dans son Commentaire sur ce même chapitre, pag. 286, n. 33, a été d'un sentiment contraire. *Dubito tamen ego vehementer, an hoc recte vereque dicatur, quia pastoris proprii præsentia tanquam forma quædam videtur hic in Testamentis considerari, testibus aliis duobus vel tribus additis juxta scripturæ dictum. Licet enim forma seu substantia Testamenti proprie dicatur id quod Testamentis dat esse qualis præcipue est heredis institutio, tamen solemnitates extrinsecæ, sine quibus Testamentum subsistere nequit, non male referuntur ad ejus formam. Quod pleniore disputatione prosequuntur nostri communem hanc esse sententiam confirmantes ad formam Testamentorum pertinere quæ de numero solemnitateque testium traduntur, ad Legem 1, Dig. de Testamentis ad Legem nemo,*

Dig. de legatis primo. Et les Réformateurs ont suivi ce sentiment, comme il se voit par la suite de cet article.

Ou d'un Notaire & deux Témoins.] Voyez l'Ordonnance de Louis XII, de l'an 1499, art. 66.

Iceux Témoins idoines, suffisans, mâles.] On a pris cette disposition des Loix Romaines. *Vid. Leg. qui Testamento 20*, §. *mulier 6*, & §. *6 Inst. de Testamentis ordinandis. Et Constantineum, lib. 1, subtilium enodationum, cap. 26, p. 94, 95, 96, &c.*

Anciennement en France, quand les femmes portoient témoignage en quelque cause que ce fût, criminelle ou civile, on les pouvoit récuser, comme l'écrit Beaumanoir dans ses Coutumes de Beauvoisis, chap. 39, pag. 209. Mais depuis l'Ordonnance de Charles VI, de l'an 1394, leur témoignage a été reçu, à l'exception du cas proposé dans cet article.

On demande si des Religieux & des Moines sont des témoins *idoines?* Les Docteurs ont été sur cette question de différens avis.

Les uns ont dit qu'ils devoient être comparés aux serfs qui, suivant les Loix Romaines, ne pouvoient être appellés aux Testamens pour être témoins, & que d'ailleurs ils ne peuvent être témoins, parce qu'ils sont réputés morts civilement. *Vide Joannem Cretum de testibus, tit. qui testes prohibeantur, num. 27.*

D'autres ont mieux soutenu qu'ils pouvoient être témoins, parce qu'ils doivent moins être comparés aux *serfs* qu'aux *enfans de famille;* & tel a été l'avis de Dauth. *de Testamentis*, p. 232 de l'édition de Léipsic, en 1594; & d'ailleurs, parce qu'à bien prendre les choses, ils ne sont que morts *spirituellement* & non *civilement.* Ce qui est discuté exactement par *Didier Herauld*,

lib. 2, de autoritate rerum judicatarum, cap. 10, 11, 12, 13, 14. Junge Joannem Fabrum ad paragraphum teſtis inſtitutionibus de teſtamentis ordinandis & Felinum ad capitulum cum nuntius extra de teſtibus ; de Barry de Teſtamentis, lib. 1, tit. 1, n. 22, Accurſium ad auth. ſi teſtis de teſtibus ; & le dernier avis a été confirmé par pluſieurs Arrêts. *Vide Guidon. in Papam. q. 517 ; Bonifacium, tom. 3, lib. 1, tit 11, cap. 2 ;* des Maiſons, *tit. 2, cap. 7 ;* Cambolas, *lib. 5, cap. 13 ;* Catelan, *lib. 2, cap. 11.*

Cependant la queſtion s'étant préſentée au Parlement, par Arrêt du 24 Mars 1659, il fut jugé que les *Moines* & *Religieux* ne pouvoient être témoins dans les Teſtamens, par la raiſon que *les perſonnes qui ſe ſont données entiérement au ſervice de Dieu, en renonçant aux biens du monde, ne ſe doivent plus mêler des affaires temporelles ;* Et il fut ordonné que cet Arrêt ſeroit lu en l'Audience de la Sénéchauſſée de Lyon. *Voyez* Henrys, tom. 2, liv. 5, queſtion 55, p. 676.

Par Arrêt du 2 Juillet 1708, la Cour a fait défenſes aux Notaires de Blois, & à tous autres, de ſe ſervir dans les *Contrats & Teſtamens* qu'ils recevront à l'avenir, *de leurs Clercs pour témoins*, ou de perſonnes *âgées de moins de vingt années accomplies*, & ce ſans préjudice de la validité des actes qui ſe trouveront avoir été paſſés, & des *Teſtamens* de ceux qui ſe trouveroient décédés avant la publication de l'Arrêt.

Et par Arrêt du 25 Avril 1709, la Cour, en interprétant le précédent Arrêt, a ordonné que les défenſes qu'elle avoit faites aux Notaires de ſe ſervir de témoins qui ſeroient au deſſous de *vingt années*, n'auroit pas lieu dans les Provinces régies par le *Droit écrit*, ni dans celles des *Pays coutumiers*, où il eſt permis de diſpoſer par Teſ-

tament, *avant l'âge de vingt ans accomplis*, dans lesquels lieux les Notaires pourroient se servir de témoins au-dessous de vingt ans, pourvu qu'ils eussent atteint celui auquel ils auroient pu tester.

Et la Cour a ajouté d'abondant, que la disposition dudit Arrêt, tant pour la *qualité* que pour *l'âge* des Témoins *dans les Testamens*, ne seroit exécutée qu'à l'égard de ceux qui se trouveroient avoir été faits postérieurement à la publication dudit Arrêt du 2 Juillet, faits sans qu'il pût être exécuté à l'égard de ceux qui auroient été faits avant ladite publication, quoique les Testateurs fussent vivans lorsqu'elle avoit été faite.

Mâles âgés de vingt ans accomplis.] Ainsi une *femme* ne peut être *témoin* dans un Testament, comme l'a remarqué Harmenopule, liv. 1, tit. 13, n. 9, γυνὴ ἐν διαθήκῃ οὐκ μαρτυρεῖ. ἐν ἄλλοις δὲ μαρτυρίαν νέμει· ἐν οἷς ἄνδρες οὐ προσκαλοῦνται. *Mulier in testamento esse testis non potest. In aliis potest, ubi scilicet viri non adhibentur*; elle ne peut aussi être témoin dans un contrat, ainsi qu'il est ordonné par la Novelle 48 de l'Empereur Léon. *Vide Legem qui Testamento* 20, §. *mulier* 6°. Et §. *sextum institutionibus de Testamentis ordinandis & Constantineum, lib.* 2, *enodationum*, *cap.* 26, *p.* 96, 97, *&c.*

Fontanon, tom. 1, liv. 3, chap. 46, p. 618, rapporte cependant une Ordonnance de Charles VI, de l'an 1394, par laquelle ce Prince a statué que le témoignage des femmes seroit admis en toutes matieres civiles & criminelles. *Statuentes ut de cætero indicti bailliviatus, & præpositurarum prædictarum sedibus, & in quibuslibet aliis judiciis regni nostri mulieres in quibuscumque causis civilibus, sive civiliter sive criminaliter intentatis ad ferendum testimonium admittantur.*

D'où il y auroit, ce semble, lieu de conclure

qu'elles devroient être témoins dans des Testamens & des Contrats.

Mais il faut faire une grande différence entre le témoignage requis pour la validité d'un acte, & le témoignage requis pour savoir la vérité de quelque chose. Dans le premier cas le témoignage des femmes est rejetté, parce qu'une telle fonction est un office viril, & par la même raison une femme ne pourroit pas être record. Dans le second cas leur témoignage est admis, parce qu'elles peuvent, comme les mâles, concourir à manifester la vérité. *Vide Petrum Fabrum 3 semestrium, cap. 14, p. 198, edit. 1616.*

Et non légataires.] Ceci est contre la décision de Justinien, dans le §. *Legatariis Instit. de Testamentis ordinandis.*

Suivant l'avis de cet Empereur, l'héritier ni ceux qui étoient sous sa puissance ne pouvoient être témoins dans les Testamens; parce que, pour user de ses termes, tout le négoce du Testament se passant entre l'Héritier & le Testateur, il seroit arrivé que l'héritier auroit été témoin dans sa propre affaire.

Mais comme il ne se traitoit rien entre le Légataire & le Testateur, le Légataire pouvoit être témoin, quoique par la suite il se trouvât quelque profit pour lui, dont l'héritier étoit tenu; *ex quasi contractu*, §. *heres 5, Institutionibus de obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur;* & en un mot, les choses étoient ainsi suivant Justinien, parce que l'héritier étoit *successor juris*, & le légataire *successor corporis.*

Les Interpretes du Droit ont demandé si cette décision de Justinien devoit avoir lieu dans les Testamens noncupatifs? *Viglius Masius* & *Vinnius* ont soutenu l'affirmative; mais Antoine Faber & quelques autres ont été pour la négative;

& les Réformateurs ont suivi l'avis de ces derniers; nos Testamens solemnels, quoique rédigés par écrit, étant en quelque maniere noncupatifs.

Et tel étoit autrefois l'usage du Beauvoisis, comme il paroît par l'autorité qui suit de Beaumanoir, chap. 12, p. 69, vers la fin.

Testament qui est fet sans écrit puet bien valoir quant il est tesmoigniés par le serment, de deux loiaux tesmoins sans nul soupeçon, & que il soient tel que il n'aient nul pourfit au Testament. Car se il i entendoient à avoir pourfit leur tesmoignage ne vauroit pas, & ça en arriere ne vausist pas le Testament qui ne feust escrit, se il ne fust tesmoigné par cinq tesmoins, si comme nous avons entendu des Seigneurs de Lois, mes nostre Cousture a corrompüe chete Loy & sueffre que Testament se prueve par deux loiaux tesmoins, & aussint sont toutes les autres quereles selonc nostre Cousture.

Que l'on suppose à présent que le Testateur ait fait quelques legs à l'un des deux ou des trois témoins requis par la Coutume, le Testament sera-t-il nul, ou la nullité ne tombera-t-elle que sur le legs? Et, à prendre les termes de l'article à la rigueur, il faudra dire que le Testament sera nul par le défaut du nombre de témoins, parce qu'un légataire n'est pas un témoin idoine & suffisant; mais quant à l'exécuteur testamentaire, il y a lieu de dire, ce semble, qu'il peut être témoin s'il n'est pas légataire; ce qui est traité par Masius, liv. 6. *Singularium oppinionum*, chap. 17, dispute 10.

Vidend. Bachovius Vintius, Vinnius ad tit. Inst. §. legatariis de Testamentis ordinandis. Masius, lib. 6, cap. 17, singul. opinionum. Antonius Faber de erroribus pragmat. Decade 66, errore 2; & Cujac. ad

Leg. Qui Teſtamento 20, qui Teſtamenta facere poſſunt ; Tornerius, 2 ſolution. cap. 12.

Qu'il ſoit ſigné par iedit Teſtateur, &c.] Une femme fit ſon Teſtament à la Rochelle, en préſence de cinq temoins qui y ſignerent; & quant à elle, elle déclara qu'elle ne pouvoit ſigner à cauſe de ſa foibleſſe, *mais qu'elle ſigneroit tantôt ;* étant décédée trois ou quatre heures après, *ſans avoir ſigné*, la queſtion fut de ſavoir ſi le Teſtament étoit bon *ſans ſignature ;* & il fut jugé par Arrêt du 7 Mai 1608, rapporté par Brodeau ſur M. Louet, lettre T, ſommaire 9, n. 9, que *le Teſtament étoit bon* par la raiſon de Droit, *qui non ſolent quæ abundant vitiare ſcripturas.* Vide *tit de regulis juris, regula 94 & 161 ; Jacobus Gothofredus, p. 425.*

La queſtion s'étant préſentée en 1708, en la Grand'Chambre, de ſavoir ſi le teſtament noncupatif du ſieur Lappora, bleſſé & mort au ſiege de Barcelone, étoit bon? Et par Arrêt du 7 de Juillet, au rapport de M. le Meuſnier, il fut déclaré nul. *Voyez* Brodeau ſur M. Louet, let. T, ſommaire 8, n. 4.

Ou que mention ſoit faite de la cauſe pour laquelle ils n'ont pu ſigner.] Ce n'eſt pas aſſez que les Notaires aient obſervé ces ſolemnités, il faut encore qu'ils datent les Teſtamens, à peine de nullité. *Voyez* l'article 167 de la Coutume de Blois.

ARTICLE CCXC.

Les Vicaires ne peuvent recevoir des Testamens, s'ils n'ont des Lettres de Vicariat general regiſtrées.

Sont tenus iceux Curés de bailler Lettres de Vicariat general, & icelles faire enregiſtrer ès Greffes Royaux pour le regard des Paroiſſes aſſiſes ès Villes, où il y a Juge Royal: & ès autres lieux, en la Juſtice ordinaire d'iceux, avant que les Vicaires puiſſent recevoir aucun Teſtament.

ARTICLE CCXCI.

Les Curés & les Vicaires generaux doivent mettre aux Greffes, de trois mois en trois mois, les Regiſtres des Baptêmes, Mariages, Teſtamens & Sepultures.

Sont auſſi tenus leſdits Curez & Vicaires generaux de porter & faire mettre, de trois mois en trois mois, ès Greffes comme deſſus, les Regiſtres des Baptêmes, Mariages, Teſtamens & Sepultures, ſur peine de tous dépens, dommages & intérêts: & pour ce ne doivent rien payer au Greffe.

Voyez l'Ordonnance de François I, de 1539;

article 50, 51, 52, 53 ; celle de Blois, art. 181, & celle de 1667, tit. 20, art. 8.

Et pour ce ne doivent rien donner au Greffe.] Par Edit du Roi, donné à Fontainebleau au mois d'Octobre 1691, Sa Majesté a créé en titre d'Office des Greffiers-Conservateurs des Registres de Baptêmes, Mariages & Sepultures, lesquels sont tenus d'envoyer dans toutes les Paroisses, dans le mois de Décembre de chaque année, des Registres cotés & paraphés, pour écrire les Baptêmes, Mariages & Sepultures qui se feront pendant l'année suivante, après laquelle ils sont tenus de retirer & conserver celui des Registres qui doit servir de grosse ; le tout en leur payant les droits fixés par l'Edit.

ARTICLE CCXCII.

Quelles personnes peuvent tester, & de quels biens peuvent disposer celles qui ont cette faculté.

Toutes personnes saines d'entendement, âgez & usans de leurs droits, peuvent disposer par Testament & Ordonnance de derniere volonté, au profit de personne capable, de tous leurs biens meubles, acquêts & conquêts immeubles, & de la cinquieme partie de tous leurs propres heritages, & non plus avant, encore que ce fût pour cause pitoïable.

Toute personne saine d'entendement.] Ainsi la femme *mariée* peut disposer par Testament de

ſes biens, pourvu qu'elle ſoit ſaine d'entendement. Cela n'étoit pas néanmoins ſans quelque difficulté. Car puiſque, ſuivant le Droit Romain, le fils de famille, ou en puiſſance de pere, qui n'étoit pas homme de guerre, ne pouvoit teſter, il ſemble que parmi nous la femme ne le pouvoit pas auſſi, puiſqu'elle eſt en puiſſance de mari. Et de-là vient qu'en quelques lieux, elle ne peut diſpoſer par Teſtament ſans la permiſſion de ſon mari; telle eſt la diſpoſition de la Coutume de Bourgogne, qui porte dans l'article 1 du titre 4, que *la femme, ſoit qu'elle ait pere ou ayeul paternel ou non, après la conſommation du mariage, demeure en la puiſſance de ſon mari, tellement qu'elle ne peut faire contracts entre les vifs, n'eſter en Jugement* nauſſ. par Teſtament, n'ordonnance de derniere volonté diſpoſer de ſes biens *ſans la licence & autorité de ſon mari.*

Mais il y a une grande différence entre la puiſſance paternelle des Romains & notre puiſſance maritale.

La puiſſance paternelle des Romains, approchoit de celle de maîtres ſur leurs eſclaves, *Inſt. de patriâ poteſtate*, enſorte que l'enfant qui ne faiſoit pas profeſſion des armes acquéroit tout à ſon pere à qui il appartenoit lui-même, au lieu que notre puiſſance maritale n'eſt qu'une autorité pareille à celle que le tuteur ou, pour mieux dire, le gardien a ſur ſon mineur; enſorte que la femme reſtant propriétaire de ſes biens, le mari en a les fruits comme bail. *Voyez l'art. 267 ci-deſſus.*

Si le mari a ſon domicile en Bourgogne, comme toute capacité perſonnelle ſe regle par la Loi du domicile, il faudra donc dire que la femme ne pourra, ſans l'autorité de ſon mari,

disposer par Testament des biens qu'elle aura dans la Coutume de Paris.

Et s'il a son domicile à Paris, elle pourra, sans être autorisée, disposer par son Testament des biens qu'elle aura en Bourgogne.

De tous leurs biens meubles, acquêts & conquêts immeubles, &c.] On demande si ces personnes peuvent laisser leur derniere disposition à la volonté d'une tierce personne.

Cette question qui ne peut être proposée dans nos Pays coutumiers où il n'y a point d'institution d'héritier que par rapport aux legs, semble décidée diversement par les Jurisconsultes dans la Loi 47, §. 2, *Dig. de legatis 1.* Dans la Loi 1, au commencement, *Dig. de legatis 2;* & dans la Loi 52, *Dig. de conditionibus & demonstrationibus.*

Selon la premiere de ces trois Loix, *legatum in alienâ voluntate poni potest, in heredis non potest.*

Selon Ulpien dans la seconde, *in arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest; nil enim interest si Titius capitolium ascenderit mihi legetur, an si voluerit.*

Et selon la troisieme, *non nunquam contingit ut quædam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura. Quod evenit si alicui ita legatur. Titio decem do, si Mœvius capitolium ascenderit. Nam quamvis in arbitrio Mœvii sit an capitolium ascenderit & velit efficere ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit utiliter aliis verbis legari, si Mœvius voluerit decem dato, nam in alienam voluntatem conferri legatum* non potest. *Inde dictum est* expressa nocent, non expressa non nocent.

Pour résoudre cette difficulté, il faut se souvenir de la définition du Testament, qui est *une juste*

juste & sage ordonnance de notre derniere volonté. Et comme la volonté d'un autre n'est pas la nôtre, il s'ensuit qu'il n'est pas possible qu'un autre fasse notre Testament, & encore moins après notre décès. Et si un Testament ne vaut rien quand il y a preuve qu'il a été suggéré, il s'ensuit qu'il vaut encore moins quand il est fait par un autre que celui qui passe pour le Testateur. C'est la disposition de la Loi 32. Dig. *de heredibus instituendis. Illa institutio, quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est. Nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.*

Et comme un legs est une disposition testamentaire, il s'ensuit pareillement que de tierces personnes n'en peuvent faire pour nous, soit que nous soyons morts ou vivans.

Que l'on suppose à présent que je fasse mon Testament, & que j'y fasse la disposition qui suit: *Titio do decem, si Mœvius capitolium ascenderit.* Un tel Legs sera-t-il bon? Et il faut dire que oui, parce qu'un legs peut régulièrement être fait sous quelque condition que ce soit, casuelle ou potestative.

Or si je puis faire un legs sous la condition *si Titius capitolium ascenderit*, pourquoi ne le pourrai-je pas faire sous la condition *si Titius voluerit?* Et par conséquent il est vrai de dire que je puis faire un legs qui dépende de la volonté d'un tiers considérée *comme condition*, d'où il s'ensuit que je puis faire un legs à l'arbitrage d'une tierce personne, *quod est arbitrium boni viri*, comme lorsque je legue à P. une somme par an pour ses alimens, laquelle sera arbitrée par *Titius*.

Tout cela est très-bien expliqué par Cujas,

libro 2, observationum, cap. 2, mal repris par Boetius *Epo. ad capitulum cum tibi 13, extra de Testamentis.*

An legatum in extranei voluntatem conferri possit magna est quæstio; videtur enim pugnare lex non nunquam, D. de conditionibus & demonstrationibus cum Lege senatus, §. legatum, Dig. de legatis 1, & Leg. 2, D. de Legatis 2. Sed omissis interpretum traditionibus ut hæc verba si Titius voluerit, dupliciter accipiam inclinat animus. Aut enim his verbis totum testator in voluntate Titii posuit, ut is arbiter, & quasi dator legati sit; & hoc sit inutiliter Lege non nunquam; aut hæc verba pro conditione accepit hunc sensum. Si forte acciderit aliquando ut id Titius velit, & hoc non sit inutiliter. Æque enim valet legatum, usque si obscuriori oratione sit res collata in voluntatem Titii, ut puta, si Titius capitolium ascenderit. Et hoc ita Ulpianus tradit in Lege prima, D. de legatis 2. In arbitrium inquit, alterius conferri legatum veluti conditio potest; quid enim interest si Titius capitolium ascenderit mihi legitur an si voluerit, &c. Voyez Oroz. *de apicibus juris, libro 2, cap. 9, p. 147. Emanuel. Costam. 1, Selection. cap. 21. Robertum, lib. 2, sententiar. cap. 11. Donellum ad tit. de verborum obligationibus, p. 124, n. 5 & 6. Pancirrolum 3, variarum, cap. 5. Antonium de Padilla. Petrum Fabrum & Jacobum Goth. ad Legem 195, de regulis juris.*

On oppose le chapitre 13 *extra de Testamentis*, qui est d'Innocent III, adressé à l'Evêque d'Auxerre en ces termes, lequel se trouve tout entier dans la troisieme compilation.

Cum tibi de benignitate sedis apostolicæ sit indultum, quod ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium, in tua dispositione permaneat. Nos consulere voluisti an appellatio vocabuli clericorum

tam ad canonicos, quam non canonicos extendatur. Secundo, an illi qui in dispositione & voluntate alterius suam committunt ultimam voluntatem, nihil per se penitus ordinantes, nec determinantes cui loco vel personæ conferre debeat dicantur decedere intestati. Consultationi tuæ taliter respondemus. Quod appellatio clericorum non solum alios, sed etiam canonicos comprehendat. In secunda quæstione dicimus quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem commutet non videtur decedere intestatus.

L'Auteur anonyme qui a fait un Commentaire sur les Décrétales, nommé *Abbas antiquus*, a jetté dans l'erreur tous les interpretes qui ont écrit après lui sur ce chapitre.

Pour l'entendre il faut savoir qu'anciennement on regardoit comme désespérés tous ceux qui étoient décédés sans avoir laissé une partie de leurs biens à l'Eglise ou aux pauvres; on les privoit par cette raison de la sépulture, après leur avoir refusé le Viatique & l'absolution; & leurs biens meubles étoient confisqués au Roi ou aux Seigneurs, selon le lieu où ils avoient eu leur domicile. *Voyez* le chapitre 189 du premier livre des Etablissemens de S. Louis, avec l'observation que j'y ai faite.

Les malades, intimidés par les peines, eurent soin en mourant de donner ordre à leurs affaires; & quand ils ne le purent pas, les Evêques ou leurs Officiaux eurent soin de leur faire des Testamens qui avoient leur exécution, comme si les défunts les avoient faits eux-mêmes, ainsi qu'il se voit par le chapitre d'Innocent III, rapporté ci-dessus, & par ce que j'ai remarqué sur ce sujet dans mon Glossaire sur *Exécuteurs testamentaires*, p. 442, & sur la Coutume de Paris, art. 336.

Comme ce Droit n'avoit pour fondement que

l'uſurpation, il a été aboli; enſorte que dans ces ſortes de difficultés il faut laiſſer les Canoniſtes, pour ſuivre les Juriſconſultes.

On a demandé ſi une perſonne pouvoit renoncer à la faculté de teſter que cette Coutume lui donne? Cette queſtion s'eſt préſentée au Parlement en 1723, dans l'eſpece qui ſuit:

Mademoiſelle d'Orléans ayant été mariée avec feu M. le grand Duc, lui apporta en dot la ſomme de 900000 liv. que le feu Roi Louis XIV lui donna. Il y eut clauſe, dans le contrat de mariage, que tout ce qui échéroit à la future épouſe, par ſucceſſion ou autrement, ſortiroit nature de dot. Depuis, Madame la grande Ducheſſe fut héritiere en partie de feu Mademoiſelle de Montpenſier ſa ſœur, & de Madame de Guiſe ſon autre ſœur.

Y ayant eu ſéparation entre M. le grand Duc & Madame la grande Ducheſſe, les Parties firent un traité à Caſtello, qu'elles promirent d'exécuter, *en foi de Princes.*

Par ce traité les 900000 l. que Mme. la grande Ducheſſe avoit apportées en dot reſterent entre les mains de M. le grand Duc, qui s'obligea d'en payer les intérêts à Madame ſon épouſe tant qu'elle vivroit, avec une penſion de 45000 liv. par an, *à condition que Madame la grande Ducheſſe réſerveroit ſa ſucceſſion à Meſſieurs ſes enfans*, ſuivant les Statuts de Florence, qui ne permettent pas aux meres de diſpoſer de leurs dots au préjudice de leurs enfans.

Cinq ou ſix années avant que de mourir, Madame la grande Ducheſſe qui avoit oublié la promeſſe qu'elle avoit faite à *Caſtello*, de ne point diſpoſer de ſes biens au préjudice de Meſſieurs ſes enfans, fit un Teſtament, par lequel elle inſtitua Madame *la Princeſſe d'Epiney* ſa

légataire universelle, à la charge de payer ses dettes & les legs, qui consistoient presque tous en des récompenses de services, qu'elle faisoit à ses domestiques.

M. le grand Duc, qui avoit payé exactement la pension qu'il avoit promise à Madame son épouse, se plaignit du Testament qu'elle avoit fait, & soutint qu'il devoit être déclaré nul, comme contraire au traité de Castello. Mais M. le grand Duc ne demandoit pas subsidiairement que les pensions qu'il avoit payées lui fussent restituées, puisque Madame son épouse n'avoit pas satisfait à la condition sous laquelle il les lui avoit promises; ensorte que la question étoit uniquement de savoir si le Testament de la défunte subsisteroit, ou non?

On disoit, pour M. le grand Duc, que Madame la grande Ducheſſe, quoique séparée, étoit toujours restée sous sa puissance; qu'elle n'avoit pu avoir par cette raison d'autre domicile que le sien, qui étoit à Florence; que par les statuts de Florence, auxquels elle étoit soumise, elle ne pouvoit disposer de ses biens dotaux au préjudice de Messieurs ses enfans; & qu'enfin Madame la grande Ducheſſe s'étant encore soumise aux Statuts de Florence, par le traité de Castello où elle avoit promis solemnellement de garder sa succession à Messieurs ses enfans, il n'étoit pas possible que le Testament qu'elle avoit fait pût subsister à leur préjudice.

Quant à Madame d'Epiney, *légataire* universelle de feu Madame la grande Ducheſſe, à la charge de payer tous ses legs particuliers, qui consistoient en récompenses qu'elle faisoit à ses domestiques, on pouvoit dire que la séparation qu'il y avoit eue entre la défunte & M. le grand Duc ayant été faite de l'autorité de deux Sou-

verains, le feu Roi Louis XIV & M. le grand Duc, le mariage avoit ceſſé de ſubſiſter quant aux effets civils; que les biens qu'elle avoit en France avoient ceſſé par cette raiſon d'être dotaux, & qu'elle avoit été en droit, ſuivant nos Coutumes, d'en diſpoſer librement, parce qu'elle n'avoit pu renoncer à ce droit ou cette faculté par le traité de Caſtello, qui devoit par cette raiſon être déclaré nul à cet effet.

Cependant par Arrêt du . . . . . le Teſtament de feue Madame la grande Ducheſſe fut déclaré *nul* tout d'une voix & *nemine contradicente.*

Et j'ai appris de pluſieurs de MM. que la Cour s'étoit déterminée ſur la parole *de Princeſſe* que Madame la grande Ducheſſe avoit donnée d'exécuter fidélement ce traité, la parole des *Princes*, & ſur-tout des *Souverains* devant être inviolable.

D'où il y a lieu de croire que ſi la queſtion s'étoit préſentée entre des particuliers, elle auroit été décidée autrement.

Il eſt vrai que M. le grand Duc auroit pu demander la reſtitution des arrérages de la penſion de 45000 liv. qu'il avoit exactement payée, *condictione cauſa data cauſa non ſequuta;* mais après que cette dette auroit été payée & qu'elle auroit été levée ſur tous les biens de la défunte, il ſeroit reſté de quoi payer les legs pieux. Et ce fut par cette raiſon que M. le grand Duc les paya par un eſprit de juſtice.

Et ordonnance de derniere volonté... de tous ſes meubles, &c., & de la cinquieme partie de tous leurs propres, &c.] Une donation à cauſe de mort eſt une ordonnance de derniere volonté. Ainſi on ne peut, par une telle donation, diſpoſer que du quint de *ſes propres*. Voyez ce qu'on a remarqué ci-deſſus, ſur l'art. 280.

Mais comme parmi nous les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de clauses pourvu qu'elles ne soient pas contre les bonnes mœurs, on peut par une *institution contractuelle*, quoiqu'elle soit une espece de disposition à cause de mort, disposer de tous ses *propres*. Voyez ce qu'on a remarqué sur l'art. 299.

Au profit de personne capable.] On a demandé à cette occasion si le *créancier* pouvoit léguer à son *debiteur?* Et après plusieurs disputes on a décidé que oui. *Lege 3, in principio, D. de liberatione legata*, §. 13, *Instit. de actionibus.*

On a ensuite demandé si le débiteur pouvoit léguer au créancier? Et Justinien, après les anciens Jurisconsultes, a décidé qu'un tel legs pouvoit valoir quand il y avoit quelqu'*utilité* ou quelque profit pour le créancier, mais qu'autrement il étoit inutile. *Ex contrario si debitor creditori suo, quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum*, §. 14, *Instit. de actionibus.*

Ayant eu cette question à discuter avec quelques personnes du Palais, je fus surpris de voir qu'elles me soutinrent qu'un tel legs, c'est-à-dire lorsqu'il n'y avoit aucun profit pour le créancier, étoit non seulement *inutile*, comme dit Justinien, mais qu'il étoit *nul;* ce qui est une très-grande erreur, & détruite par le texte même des Institutes, où Justinien ne dit pas, comme on vient de le remarquer, qu'un tel legs est *nul*, mais qu'il est *inutile* seulement, parce que le créancier légataire n'en fera aucun usage; ce qui dépendra néanmoins de lui; car s'il juge à propos de s'en servir, il en est le maître, sans que personne puisse l'en empêcher. Ce qui est très-bien expliqué par *Oroz*, Jurisconsulte Espagnol, dans son

Traité *de apicibus juris*, imprimé à Lyon, en l'année 1661, liv. 1, ch. 8, & par *Bachovius* dans son Comment. sur le §. 14 des Institutes qui vient d'être rapporté, qui remarque très-bien, & *Vinnius* après lui, qu'il n'y a presque point de cas où un tel legs ne puisse être utile au créancier. *Hodie*, dit Bachovius, *semper legatum debiti est utile postquam legatarius, semper, positis terminis habilibus, præter actionem in rem etiam hypothecariam, & jus pignoris in omnibus bonis defuncti habet. Leg 1, communia, &c.*

Enfin l'on a demandé si *la caution* ou *le fidéjusseur* pouvoit léguer au *créancier?* Et le Jurisconsulte, dans la Loi 49, *Dig. de legatis 1*, a décidé que le créancier n'avoit point d'intérêt à un tel legs, lequel n'étoit utile qu'au débiteur principal seul. *Si fidejussor creditori legasset, quod ei deberet an legatum valeret? Et ait Julianus creditoris quidem nihil interesse; verùm debitorem habere ex Testamento actionem; interest enim ipsius liberari. Quippe conveniri à fidejussoris herede non poterit, &c.*

Cette même question se présenta en 1723. M. de la Roche-Aymon, Evêque du Puy, caution de quelques sommes qu'il avoit fait donner à constitution de rente, au Comte de la Roche-Aymon son frere, fit son Testament, contenant la disposition suivante :

« *Je donne & legue à M. de la Roche-Aymon,* » *mon neveu, fils aîné de M. de la Roche-Aymon* » *mon frere, la somme de 30000 liv. qui m'est due* » *pour ma légitime, tant pour droit paternel que ma-* » *ternel, conformément au contrat de mariage de* » *feu mon frere, & généralement tout ce qui pour-* » *roit m'appartenir de mes droits paternels & mater-* » *nels, successions, & autres biens de patrimoine,* » *tant en capital qu'intérêts. Et en cela je l'institue*

» *mon héritier particulier, à condition néanmoins* » *que mon neveu paiera toutes les dettes que j'ai* » *contractées conjointement avec mondit frere. Et* » *par exprès la somme de 4000 liv.* avec les inté- » rêts qui pourroient être dus jusqu'au paiement » du capital, depuis le dernier paiement qui en » a été fait. *Ladite somme de 4000 liv. due à l'Hô-* » *pital de Mande, qu'il avoit prêtée à mon frere à* » *ma considération* ».

Les sommes qui avoient été prêtées à M. le Comte de la Roche-Aymon, pere, *en considération* & sous le cautionnement de M. l'Evêque du Puy son frere, montoient à 25500 liv. Le Sieur Comte pere étoit un assez mauvais payeur; & M. l'Evêque fâché d'avoir engagé dans une mauvaise affaire l'Hôpital de Mande & les particuliers qui avoient prêté leur argent à sa considération, résolut de les payer lui-même & de se *mettre en leurs droits*; mais ayant été prévenu par la mort, il fit son Testament par lequel il chargea le Sieur Marquis de la Roche-Aymon, son neveu & son héritier institué, de payer ces dettes.

En vertu de ce Testament, qui valoit mieux pour les *créanciers* que leurs obligations, ils furent promptement remboursés de leurs principaux & de tous les intérêts qui leur étoient dus.

Quand on procéda ensuite au partage de la succession du pere, qui étoit décédé avant M. l'Evêque son frere, le Sieur marquis de la Roche-Aymon, fils aîné, comme subrogé aux droits des créanciers envers lesquels feu M. l'Evêque, son oncle, avoit été caution, demanda à ses puînés qu'ils lui tinsient compte de ce qu'ils devoient porter de ces dettes, comme héritiers de leur pere commun.

Les puînés lui dirent que feu M. l'Evêque du Puy en l'instituant son héritier, l'avoit *chargé de payer ces dettes ;* & que par cette disposition, qui étoit faite en leur faveur, il étoit visible que son intention avoit été qu'ils en fussent acquittés ; & s'ils avoient été bien défendus, ils auroient pu employer pour eux les paroles déjà rapportées ci-dessus de la Loi 49, *Dig. de legatis primo*, qui leur paroît favorable. *Si fidejussor creditori legasset, quod ei deberet, an legatum valeret ? Et ait Julianus creditoris quidem nihil interesse ; verùm debitorem habere ex Testamento actionem. Interest enim ipsius liberari, quippe conveniri à fidejussoris heredis non poterit, &c.*

Mais il faut remarquer qu'il n'y a lieu à la décision de ce paragraphe, que quand il paroît que la caution a fait le legs au créancier *en faveur du débiteur*, comme la Glose l'observe très-bien en cet endroit, sur la fin de la Loi troisieme, *Dig. de liberatione legata ;* ce qui n'étoit point ici, où il paroissoit que M. l'Evêque, caution, n'avoit eu en vue que les créanciers pour les tirer de la mauvaise affaire où il croyoit les avoir engagés.

D'ailleurs, si M. l'Evêque du Puy, caution de feu M. son frere, avoit légué aux créanciers ce qu'il leur devoit, dans la vue de gratifier M. son frere ou sa succession, qui est le cas proposé par Julien, il n'y auroit pas de doute que par ce legs, la succession du pere commun auroit été libérée, parce que tacitement il auroit été fait en faveur du pere ou de sa succession, suivant la Loi *Fideicommissa 11*, §. *interdum Digestis de legatis 3*, & la Loi *servo 69*, §. *si Testator, Dig. de legatis 1.*

Mais ici, encore une fois, le Testateur avoit seulement *chargé son neveu* & son seul & unique

héritier instituë, de payer ces dettes; c'est-à-dire de les payer comme il les auroit payées lui-même s'il avoit vécu & s'il n'avoit pas été prévenu par la mort. Or s'il les avoit payées lui-même, il auroit eu son recours, comme *caution*, contre la succession de M. son frere; & par conséquent, le sieur Marquis son neveu & son héritier les ayant payées par son ordre & comme caution, puisqu'il l'étoit, il étoit juste qu'il eût le même recours que le défunt auroit eu s'il avoit payé lui-même.

Il y avoit encore plus, c'est que le neveu ayant eu de droit *ce recours*, comme héritier de son oncle qu'il représentoit, il s'ensuit qu'il pouvoit exercer ce recours, à moins qu'il n'eût paru évident que l'intention du défunt eût été de le lui ôter; sur quoi il falloit de lui une disposition expresse, ce qui n'étoit pas, l'oncle n'en ayant rien dit dans son Testament, & ayant eu la précaution de se servir du mot *payer*, qui étoit relatif aux créanciers seuls; & non du mot *acquitter* ou rendre *quitte*, relatif aux débiteurs.

Et enfin, c'est qu'il paroissoit au contraire clairement que l'oncle en instituant son neveu, aîné de la famille, son seul héritier, avoit eu intention de le gratifier seul de tout son bien, à la charge de payer ces dettes comme caution seulement, persuadé que par son autorité sur ses cadets il s'en feroit mieux rembourser que les créanciers, à qui il vouloit éviter par-là de faire des poursuites qui auroient peut-être été longues & pénibles pour eux.

Cette affaire ayant été mise en arbitrage, le neveu instituë seul héritier, & en cette qualité caution seulement à l'égard de ses freres, perdit son procès sans aucun examen; ce qui m'a confirmé dans l'opinion où j'ai toujours été que des

Arbitres presque toujours prévenus pour ceux qui les ont choisis, sont rarement de bons Juges; de sorte que l'aîné à qui l'oncle défunt avoit voulu donner tout son bien en l'instituant son seul & unique héritier, n'eut presque rien de sa succession, & que les puînés à qui il avoit eu intention de ne rien donner eurent presque tout.

Quand le *débiteur* legue à son créancier, il survient souvent des questions de compensation, & ces questions sont discutées exactement par *Menochius* dans son Traité *de Presomptionibus*, *lib. 4, cap. 109., 110;* & depuis par *Camarila*, dans son Traité *de Legatis*, imprimé à Venise en 1681, liv. 14, q. 2, p. 781, &c. *Voyez* Del Castello dans son Traité *de Usufructu*, ch. 46, au commencement, dans son Traité *de Conjecturis ultimar. volunt. cap. 113, n. 13, lib. 5, p. 4, col. 2*, où il cite un nombre infini d'Auteurs, & Paul de Castres dans son Commentaire sur la Loi 51, *Digestis de legatis primo*, §. *si Titio decem, fol. 24 verso, & 25 recto*, où il est du sentiment de la Glose sur la Loi.

Et non plus avant, &c.] Ainsi le legs est nul en ce qu'il excede le quint des propres, cela est indubitable, lorsque celui qui est décédé a aussi disposé de tous ses meubles & acquêts. Mais la question est de savoir si le legs sera nul au cas qu'il n'ait pas disposé de ses meubles & acquêts, & que les meubles & les acquêts délaissés à l'héritier valent mieux que la portion des propres que le Testateur a léguée.

Nos Auteurs sont sur ce sujet de différens sentimens; quelques-uns croient que le legs est toujours nul en ce qu'il excede le quint; les autres sont d'avis que l'héritier est obligé de donner récompense au légataire sur les meubles & acquêts.

A prendre la chose dans son principe, il semble que ce legs soit bon. Car si l'on a jugé à propos de restreindre la faculté de tester, c'est parce que les héritiers étoient souvent fraudés par les Testateurs: or l'on ne peut point dire ici que l'héritier soit fraudé, puisqu'on suppose que le Testateur, en ne disposant point de ses meubles & de ses acquêts, lui laisse plus qu'il ne lui a ôté, & par conséquent le legs doit valoir, quoiqu'il excede le quint des propres; & si l'on permet à l'héritier de retenir cet excédent en donnant récompense sur les meubles & acquêts, c'est une grace qu'on lui fait.

Cependant il faut dire le contraire. La raison est, que ce qui excede le quint des propres est inaliénable par Testament; & l'objection tirée du Droit Romain qui approuve le legs de la chose d'autrui, §. 4 *Inst. de Legatis*, ne doit être d'aucune considération, parce que le Testateur entreprend ici de disposer de la chose qui est à lui, mais dont l'aliénation lui est interdite par la Loi; de sorte qu'il n'en est pas même dû d'estimation ni de récompense, parce que ce qui est fait contre la prohibition de la Loi est nul.

De-là il s'ensuit qu'on ne peut point léguer l'usufruit de tous ses propres, parce qu'on ne peut point imposer de servitude sur ce qu'on ne peut pas aliéner, & par conséquent cet usufruit doit être réduit à l'usufruit du quint.

Et il s'ensuit encore que celui qui reste du quint de ses propres, doit prendre séparément le quint des propres de chaque ligne, & non pas un fonds propre d'une ligne, quoique ce fonds soit le quint de tous ses propres en général. *Voyez* M. le Brun dans son *Traité des Successions*, liv. 2, chap. 4, n. 21 & n. 8, 9, &c.

ARTICLE CCXCIII.

A quel âge on peut teſter des meubles, acquêts & conquêts ; & quand on a de ces biens, à quel âge on peut diſpoſer du quint des propres.

Pour teſter des meubles, acquêts & conquêts immeubles, faut avoir accompli l'âge de vingt ans, & pour teſter du quint des propres, faut avoir accompli l'âge de vingt & cinq ans.

On doit joindre à cet article les deux regles ſuivantes de Loiſel, qui ſont la troiſieme & la quatrieme, au titre des Teſtamens dans ſes Inſtitutes. *Il faut teſter ſelon les formes du lieu où l'on teſte ; mais les diſpoſitions prennent leur force par les Coutumes des lieux où les choſes ſont aſſiſes. Car les Coutumes ſont réelles.* Voyez Coquille, q. 123, 125, 126.

Acquêts & conquêts immeubles, &c.] Il faut joindre cette diſpoſition avec celle de l'art. 272, à la fin, qui porte que *celui qui ſe marie ou qui a obtenu bénéfice d'âge entériné en Juſtice, peut*, ayant l'âge de vingt-cinq ans, *diſpoſer de ſes meubles.* Ainſi, par *acquêts*, il faut entendre ici ce que le mineur, qui a obtenu bénéfice d'âge entériné en Juſtice, a *acquis ;* & par *conquêts*, ce que le mineur marié a auſſi acquis. Ce qui nous marque que ces deux articles doivent être interprétés l'un par l'autre.

Et pour teſter du quint des propres faut avoir accompli vingt-cinq ans.] Ricard ſur cet article dit qu'il ne doit être entendu que des *véritables propres*, & non des *propres fictifs*, leſquels, à

l'égard des Testamens, doivent être considérés comme *meubles & des acquêts*, & que c'est un des points jugés par l'Arrêt de Me. *Jacques Chollet*, Avocat en la Cour, dans l'espece *d'une somme stipulée propre à sa femme & aux siens, de son estoc & ligne*, par leur contrat de mariage, ayant été jugé que dans le legs universel fait par l'un de leurs enfans, avant que d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans au profit de leur pere, les propres fictifs échus au Testateur par le décès de sa mere, étoient compris.

Cette observation est vraie, parce que les sommes de deniers stipulées *propres* à la femme & aux siens de son estoc & ligne, ne le sont que par rapport au mari & au pere seul, ou comme chef de la communauté, ou comme héritier mobilier de ses enfans, à la succession desquels il renonce à cet égard. Et comme par rapport à toutes autres personnes qui n'ont point été parties dans les stipulations, ces sommes sont *des meubles*, rien n'empêche que la femme qui a vingt ans accomplis, n'en puisse disposer comme d'un meuble, & ses enfans pareillement à cet âge même, au profit de leur pere, qui dans ce cas, ne doit pas être de pire condition qu'un étranger.

Mais, sous le nom de propres fictifs, il ne faut pas comprendre *les rentes constituées à prix d'argent, ni les sommes provenues des remboursemens qui ont été faits à des mineurs de ces rentes*, par la raison de l'article 94.

Comme tout Testateur est obligé de laisser à son héritier *les quatre quints des propres*, on demande si ces quatre quints sont une *légitime*.

Le Brun, dans son *Traité des Successions*, L. 2, chap. 3, nomb. 18, p. 232 de l'édition de 1700, soutient *qu'ils sont une légitime*; ensorte que selon

lui il y a deux légitimes qu'il ne faut pas confondre, une de *droit* dont il eſt, dit-il, parlé dans l'art. 298; & une *coutumiere* dont il eſt parlé dans cet article & le ſuivant, ce qui m'a toujours paru une grande erreur par les raiſons qui ſuivent.

La *premiere*, parce que ſi les quatre quints des propres étoient une légitime, on ne pourroit en diſpoſer par *donation entre-vifs*, au préjudice de ſes héritiers.

Or on en peut priver ſes héritiers par des donations entre-vifs.

Et par conſéquent les quatre quints des propres ne ſont pas une légitime.

2°. Toute légitime réguliérement n'eſt due *qu'aux enfans*.

Les quatre quints doivent être réſervés aux *collatéraux*, comme aux enfans.

Et par conſéquent les *quatre quints* ne ſont pas une *légitime*.

3°. L'enfant rempli de ſa *légitime* n'en peut pas demander une autre.

L'enfant qui eſt rempli de ſa *légitime* par des donations entre-vifs ou autrement, peut encore demander *les quatre quints des propres*.

Et par conſéquent les *quatre quints des propres ne ſont pas une légitime*.

Enfin, ſi les quatre quints des propres avoient été une légitime, *les Réformateurs nous l'auroient marqué dans l'article 298*.

Or les Réformateurs n'en ont rien dit dans cet article.

Et par conſéquent les quatre quints des propres ne ſont pas une *légitime*.

De ce que les quatre quints des propres ne ſont pas une *légitime*, il s'enſuit que ce qui en excede la légitime à Paris, doit être imputé ſur

la *légitime* dans les Pays de Droit écrit & dans les autres Provinces, parce qu'un enfant ne peut rien avoir des *biens de son pere & de sa mere* au-delà de sa légitime, comme héritier ou donataire, dans un lieu, sans l'imputer sur la légitime qu'il a à prendre sur leurs biens dans un autre lieu. *Vide Chiffleteum de legitimis portionibus, cap. 14, & Fernandum ad Legem in quartam, p. 240, 241, &c.*

ARTICLE CCXCIV.

A quel âge on peut disposer du quint des propres, quand on n'a point de meubles, d'acquêts, ni de conquêts.

Toutefois si le Testateur n'a meubles, acquêts, ne conquêts immeubles, peut audit cas tester du quint de ses propres après vingt ans accomplis.

Voyez les deux articles précédens.

Toutefois si le Testateur n'a meubles, &c.] Il en faut dire de même s'il y en a si peu qu'ils ne doivent point entrer en considération par rapport à son patrimoine. *Voyez* la Coutume d'Estampes, article 103; & celle de Vermandois, article 59, avec le Commentaire de Buridan.

ARTICLE CCXCV.

L'Heritier peut se tenir aux quatre quints, & abandonner aux Legataires le surplus des biens.

Si l'Heritier se veut contenter de prendre les quatre quints des propres, & abandonner les meubles, acquêts & conquêts immeubles, avec le quint desdits propres à tous les Legataires, faire le peut ; en quoi faisant il demeurera saisi desdits quatre quints, & lesdits Legataires prendront le surplus ; les dettes toutefois préalablement payées sur tous les biens de l'heredité.

Cet article a lieu soit que des étrangers soient légataires, soit quelqu'un des enfans du Testateur ; ou, à leur défaut, quelqu'un de ses héritiers présomptifs. Voyez la note sur l'article 298, l'article 303, & *Vallam de rebus dubiis, cap. 20, n. 34.*

Si l'héritier se veut contenter de prendre les quatre quints des propres, &c.] Il y a lieu à la disposition de cet article, quand le défunt a légué *des sommes d'argent* qui absorbent plus de la valeur *des acquêts & du quint des propres ;* mais quand il a légué des *immeubles* ou des corps certains, comme la disposition est nulle en ce qu'elle excede *le quint des propres*, les héritiers n'ont pas besoin d'avoir en ce cas recours à cet article. Voyez la note sur l'article 292.

Les dettes préalablement payées.] Un homme meurt, qui a pour *100000 de biens propres ;* il donne & legue à l'un *10000 liv.* à l'autre *10000 l.* & à l'autre encore *10000 liv.* Les legs, comme l'on voit, abſorbent plus du quint des propres, puiſque ſur 100000 liv. le Teſtateur a diſpoſé de *30000 liv.* il y a 20000 liv. de dettes à payer. *Quid juris.*

On prélevera ces 20000 liv. de dettes ſur le total, ſuivant cet article, & l'héritier qui ſe tiendra aux quatre quints, prendra, ſur les 80000 l. qui reſtent, *64000 liv.* & en donnera *16000 liv.* aux légataires.

Que l'on ſuppoſe à préſent que cet homme qui avoit 100000 liv. de bien, dont il y avoit la moitié d'acquêts, n'ait pas légué des *ſommes*, mais des *corps ;* par exemple, qu'il ait légué à *Primus* une maiſon d'acquêts de *25000 livres ;* à *Secundus* une autre maiſon d'acquêts de *25000 l.* & qu'il ait légué à *Tertius* une maiſon propre de 19000 liv. auxquelles il a évalué le quint de ſes propres, & il ſe trouve pour 25000 liv. de dettes. *Quid juris.*

Il faut dire, dans ce cas, que les légataires particuliers de corps certains, à qui ces deux maiſons d'acquêts ont été léguées, ne *contribueront* pas au paiement des dettes, directement ni indirectement ; d'où il ſembleroit réſulter que celui à qui la *maiſon propre de 10000 liv.* a été léguée, pour tenir lieu *du quint des propres*, ne devroit pas auſſi contribuer au paiement des dettes, ni directement, ni indirectement, puiſqu'il eſt auſſi *légataire particulier* d'un corps certain.

Il faut cependant dire le contraire ; parce que pour liquider à combien monte le quint des propres, il faut prélever les dettes, par la regle

que *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Or si de 50000 liv. on préleve 25000 liv. pour le paiement des dettes, il n'en restera plus que 25000 liv. dont le *quint* est 5000 livres ; ensorte que le légataire particulier de la *maison propre*, contribuera seul avec l'héritier au paiement des dettes, pour 5000 liv. ce qui doit servir de regle dans tous ces cas semblables. Tout cela est de la derniere certitude ; mais nos Praticiens ont pris le parti de ne pas vouloir l'entendre. Voyez la note sur l'article 292.

Il faut, dans ces sortes de cas, mettre les *frais funéraires* au nombre des dettes. *Voyez* ce que j'ai remarqué sur les *Institutes* de Loisel, liv. 2, tit. 5, regle 14, & la note sur l'article 334, ci-après.

ARTICLE CCXCVI.

Le mari ne peut disposer par Testament des meubles & conquêts au préjudice de sa femme.

Le mari par son Testament, ou Ordonnance de derniere volonté, ne peut disposer des biens meubles, & conquêts immeubles, communs entre lui & sa femme, au préjudice de sadite femme, ni de la moitié qui lui peut appartenir en iceux par le trepas de sondit mary.

L'Auteur du grand Coutumier, p. 220, l. 18; *Heeserus de comm. acq. conjug. part.* 1, *loc.* 8.

Selon l'article 225, *le mari est Seigneur des*

meubles & conquêts immeubles par lui faits durant & constant ledit mariage ; ainsi tant que le mariage dure, il les peut vendre, donner & engager comme il lui plaît ; mais par Testament il n'en peut disposer que de sa part ; parce que le Testament n'a effet qu'après sa mort, & par conséquent dans un temps où il n'est plus seigneur de la part de sa femme.

ARTICLE CCXCVII.

Des Exécuteurs testamentaires.

Les Exécuteurs testamentaires sont saisis durant l'an & jour du trepas du défunt des biens meubles demeurez de son décez pour l'accomplissement de son Testament, si le Testateur n'avoit ordonné que ses Exécuteurs fussent saisis de sommes certaines seulement. Et est tenu ledit Exécuteur de faire faire inventaire en diligence, si-tôt que le Testament est venu à sa connoissance, l'Heritier présomptif présent ou dûment appellé.

L'Auteur du grand Coutumier, pag. 262, à la fin, & 263 ; *Lucius*, *lib. 9*, *placitor. n. 8*, *c. 4.*

Comme l'Office des Exécuteurs Testamentaires étoit le même en tous lieux, on leur donna à peu près les mêmes noms en Orient & en Occident. Les Grecs les appellerent ὑπουργὸς *Ministros*, & ἐπιτρόπους *Tutores*, *Curatores*, *Procuratores*. En France, parce qu'ils sont distribu-

teurs de legs pieux, on les nomma *Eleemosynatores*, *Eleemosynarios*, *Erogatores*, *Erogatorios*; & parce qu'ils doivent restituer, selon la volonté des défunts, les biens qui leur ont été confiés, ils furent aussi appellés *Fideicommissarii*.

Il y avoit autrefois dans le Royaume deux sortes d'exécuteurs, conformément aux Loix Romaines; savoir, ceux qui avoient été choisis par les défunts & les Evêques; *si alicujus testatoris non sunt executores*, dit des Mares dans sa décision 68, *Episcopus de jure est Executor.* Mais à présent les Evêques ne sont plus de droit exécuteurs testamentaires; quoique le Concile de Trente, dans la Session 22 *de reformatione*, ch. 8, ait voulu renouveller cet ancien usage. *Episcopi, etiam tanquam Sedis Apostolicæ delegati, in casibus à jure Concessis, omnium piarum dispositionum, tam in ultima voluntate quam inter vivos, sint executores.* Vide *L. Nulli 28*, §. 1, ℣. *Si autem. Cod. de Episcopis.*

Les Evêques, comme exécuteurs nés, voulurent avoir l'inspection sur les exécuteurs nommés, & sous ce prétexte, ils s'attribuerent la connoissance des Testamens, & l'audition des Comptes. Mais les Juges royaux s'étant élevés contre cet abus, il fut réglé qu'entr'eux & les Juges Ecclésiastiques, il y auroit prévention; & de-là vient que l'article 39 de la Coutume de Meaux, conforme à la décision 69 de Jean des Mares, porte encore, qu'*au Roy, à l'Evêque & à chacun d'eux par prévention, appartient l'audition des comptes des Testamens.* Aujourd'hui ces matieres ne sont plus de la compétence des Juges d'Eglise, mais des Laïques; & entre les Laïques la connoissance en appartient par prévention aux Royaux, ainsi que M. Loisel l'a remarqué

dans ses *Institutes*, livre 2, titre 4, article 17.

Afin que les héritiers ne pussent point empêcher l'exécution des Testamens; le style fut d'y insérer cette clause que l'on a extraite du Testament de Jeanne de Chatillon, Comtesse de Blois, de l'an 1291. *Desquels meubles & héritages, je baille la saisine à mes Exécuteurs, & me établis possessaresse en nom d'aus, & pour aus, & connois que celle possession, comme j'en ai ou aurai, ou sera trouvé pardevers moi au temps de ma mort, que je l'ai & aurai, & avoue à avoir, en nom daus & vueil qu'après ma mort, la possession recourt à aus, & demeure entierement, jusqu'à tant que toutes mes dettes, & tous mes forfaits, tous mes laiz, toutes mes aumônes, tuit mi don, tuites mes promesses & toutes mes ordonnances soit en ce present Testament, soit ez ordonnances clauses, soit par mes lettres pendant soient accomplis entierement, & à la conçience de mes Exécuteurs.*

Pour donner plus de force à cette clause, les Testateurs y joignirent la tradition de leurs Testamens. Voici un exemple de cette solemnité tirée du Testament de Jeanne de Sancerre, de l'an 1307 : *Me de meis bonis mobilibus, conquestibus,* ET QUINTA TOTIUS TERRÆ, & hereditatis meæ in manu *dictorum executorum dissaisiens, ipsosque & quemlibet ipsorum investiens,* PER TRADITIONEM PRÆSENTIUM LITTERARUM; à quoi l'on joindra l'autorité suivante tirée du grand Coutumier, liv. 2, chap. 21, pag. 140 : *En Testament il est par autre maniere, car le Testateur est en tel état qu'il ne se peut dessaisir, & pour ce il se dessaisit ès mains de ses Exécuteurs, par la tradition de son Testament; & quant aux meubles & conquêts, cette saisine vaut sans autre apprehension de fait, & non mie quand aux héritages,* & est Casus specialis. *Vide Pancirolum, lib. 3, Variar.*

cap. 21 ; Boetium Epon. ad cap. 16, 17 & 19, extra de Teſtamentis.

Mais comme ces ſolemnités étoient embarraſſantes, on a établi dans cet article, & dans pluſieurs de nos Coutumes, que les Exécuteurs ſeroient ſaiſis de plein droit. *Vide Vallam de rebus dubiis, cap. 20, n. 26.*

Sont ſaiſis.] Ce qui a été introduit avec raiſon contre l'ancien Droit François. *Vide Joannem Fabrum ad Leg. 28, n. 22, Cod. de Epiſcopis & Clericis.*

Dans l'an.] Suivant l'avis des Commentateurs ſur l'authentique *hoc amplius Codice de Fideicommiſſis*, voyez le chapitre *nos quidem 3, extra de Teſtamentis.* Et ſur ce chapitre *Boetius Epo.* p. 319, 328. Par la Novelle de Juſtinien *de Eccleſiaſticis*, §. *ſi legatum*, les Teſtamens à l'égard des legs pieux devoient être exécutés dans *les ſix mois*, à compter du jour de l'inſinuation des Teſtamens ; mais nous ne faiſons à cet égard aucune diſtinction. Voyez *Oldendorpius* dans ſon Traité *de Executoribus, tit. 7 & 8.*

Durant l'an & jour du trépas du défunt.] Cette année court donc, ſoit que l'Exécuteur ſache la mort du défunt ou qu'il l'ignore. Mais ſi l'Exécuteur qui a ignoré la mort du défunt n'a été ſaiſi de ſes meubles qu'à la fin de l'année, quel temps aura-t-il pour ſon exécution ? Il faut dire qu'il aura le reſte de l'année ; & que ſi il ne ſuffit pas, il obtiendra du Juge un temps ſuffiſant. *Vide Vaſquium de ſucceſſionum reſolutione, lib. 2, §. 18, num. 11, folio 55 verſo.*

Et eſt tenu ledit Exécuteur de faire faire inventaire en diligence.] Comme l'Exécuteur teſtamentaire eſt comptable envers l'héritier, il faut qu'il ſe charge des biens qui lui ſont confiés ; & par conſéquent il faut qu'il faſſe promptement inven-

taire,

taire. Et tel a été l'avis de nos anciens Docteurs, de François-Geofroy de Salignac sur la Loi *tutor 8, de administratione tutorum*, tome 1, feuillet 81 *verso*, & de Durand dit le Spéculateur *de instrumentorum editione*, §. *nunc vero*. Vide *Jacobum à conibus de executoribus*, §. *repetitis*, *n. 14*; *& Oldendorpium de executoribus*, *tit. 8*.

On demande si les Religieux peuvent être Exécuteurs ? Suivant le chapitre dernier *de Testamentis in 6°*, ils peuvent l'être avec la permission de leurs Supérieurs ; & comme la Clémentine *Exivi de Paradiso*, au §. *Verum etiam*, ne permet pas aux *Franciscains* d'être Exécuteurs, il y a d'autant plus de raison d'étendre cette disposition à tous les autres Religieux, si ce n'est le seul cas de legs pieux, qu'ils sont non solvables, & cependant comptables ; & d'ailleurs, parce qu'il ne convient nullement à des personnes qui ont renoncé à tous les biens du monde de se mêler des affaires temporelles. *Voyez* Dom Marterme dans le vol. 4 de son *Trésor ;* dans sa Table sur le mot *Testamenta*, & joignez ce qu'on a remarqué sur l'art. 289.

Quant aux *mineurs*, la Glose sur le chapitre *Religiosus de Testamentis in 6°*, est d'avis que tout mineur peut être Exécuteur à dix-sept ans accomplis, parce qu'à cet âge il peut être Procureur *ad negotia*, suivant le chap. *qui generaliter*, §. *ultimo*, *de Procuratoribus*, *in 6° ;* mais si l'exécution testamentaire engage le mineur en des procès, Boetius Epo, *de jure exequendi Testamenti*, feuillet 309, est d'avis qu'il ne peut l'accepter ; *intellige*, dit-il, *si citra lites executio testamentorum possit expediri*, *nam si litibus esset opus major annis executor desideraretur*, *argumento distinctionis procuratorum*, *quibus executores testamentorum persimiles*

esse deprehenduntur, &c. ce qui n'est pas sans quelque difficulté ; car pourquoi ne pourroit-on pas faire par Testament ce qu'on pourroit faire entrevifs & en santé ? Or tout homme qui, par exemple, a des rembourſemens à faire, peut confier à ſes riſques & périls ſon argent à un mineur, même de dix-ſept ans accomplis, & par conſéquent il y a, ce ſemble, lieu de dire qu'il lui peut auſſi confier, s'il l'en juge capable, l'exécution de ſon Teſtament ; ſauf, s'il y ſurvient quelque conteſtation ou quelque procès, de le faire aſſiſter d'un curateur aux cauſes. Et Balde dans ſon Commentaire ſur la Loi *id quod pauperibus*, *Cod. de Epiſcopis*, *n.* 7, ne ſemble pas s'éloigner de cet avis ; Oldendorpius eſt cependant d'un ſentiment contraire dans ſon Traité *de Executoribus*. *Adde Philippum Francum ad cap. Religioſus*, *n.* 6, *de Teſtamentis in* 6° ; & Bacquet dans ſon *Traité du Droit de Bâtardiſe*, part. 1, chap. 7, nom. 21, où il parle auſſi des femmes exécutrices.

L'on demande encore ſi l'exécution teſtamentaire paſſe à l'héritier de l'Exécuteur, & à celui que l'Exécuteur a nommé pour ſon Exécuteur, & ſi les choſes ſont entieres, c'eſt-à-dire ſi le premier Exécuteur eſt décédé avant l'exécution commencée ? Il n'y a pas de difficulté, parce que le Teſtateur qui a compté ſur la fidélité d'une perſonne, n'eſt pas préſumé avoir donné ſa confiance à l'héritier de cette perſonne que peut-être il ne connoiſſoit pas. Mais ſi le premier Exécuteur a commencé d'accomplir pluſieurs articles du Teſtament, il ſemble que l'héritier ou l'Exécuteur de l'Exécuteur, ſoit tenu de finir ce qui eſt commencé, ſans pouvoir paſſer outre ; & tel a été l'avis de *Boetius Epo. de jure exequendi Teſtamenta*, *n.* 25, en ces termes : *Licet*

autem qui semel executionem suscepit, exequi teneatur, tamen eo mortuo non transibit hoc onus ad ipsius heredes, non magis quam vel tutela vel mandatum, re integra, vel societas, vel aliud generis ejusdem in quo personæ diligentia spectatur, quamobrem novus desiderabitur executor legitimus. Quod intellige de negotiis nondum per executorem defunctum cœptis : nam negotia inchoata per executoris heredem sunt explicanda quemadmodum de negotiorum gestoris, tutoris deque socii defuncti heredibus responsum videmus, Leg. nam & Servius, §. si vivo Titio, Dig. de negotiis gestis, Leg. 1, de Fidejussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum, Leg. heres socii, Dig. pro socio. Et c'est ainsi que les paroles suivantes de Dumolin sur l'article 45 de la Coutume de Paris doivent être entendues. *Executor si intra annum moriatur & reliquerit heredem & alium executorem, iste executor erit saisitus, continuando veterem executionem, si heredes primi defuncti patiantur; aliàs non : quia non transmittitur ad heredem, neque ad faciendum executorem, & ita respondit* Chartier, *& bene.* Vide *Jacobum à Canibus de Executoribus*, §. *quæro 3*, nombre 6.

ARTICLE CCXCVIII.

De la Légitime des Enfans.

La Legitime est la moitié de telle part & portion que chacun enfant eut eu en succession desdits pere & mere, ayeul ou ayeule, ou autres ascendans, si lesdits pere & mere ou autres ascen-

dans n'eussent disposé par donations entre-vifs, ou derniere volonté, sur le tout deduit les dettes, & frais funeraux.

Si les pere, mere, aïeul ou aïeule, qui ont disposé par Testament de leurs biens, n'avoient que des propres, il n'y a point de légitime; car il est évident que les enfans gagnent plus en se tenant en ce cas aux quatre quints: ainsi il n'y a lieu à la légitime accordée par cet article, que quand les pere, mere, aïeul ou aïeule, qui n'avoient que des propres en ont disposé entre-vifs, ou lorsqu'ils les ont légués par Testament, & qu'ils ont aussi donné leurs meubles & leurs acquêts, pourvu néanmoins que les meubles & les acquêts excedent la valeur des trois quints des propres; car s'ils ne les excedent pas, il est toujours de l'intérêt des enfans de se tenir aux quatre quints. *Joignez la note sur l'article 303.*

Il faut ici remarquer que la légitime ne se prend pas seulement sur les donations faites depuis le mariage, mais aussi sur celles qui ont été faites auparavant. *Vid. Leg. si totas, Cod. de inofficiosis Donation. & ibi Doct. Merlinum de legitima, lib. 2, tit. 1, q. 21, n. 12.* Les questions qui se peuvent présenter sur cette matiere sont traitées par M. le Brun, dans son *Traité des Successions*, liv. 2, chap. 3.

De telle part & portion que chacun enfant eût eu en la succession de ses pere, mere, ayeul ou ayeule, &c.] Ainsi il n'y a que les *descendans* en ligne directe, héritiers présomptifs, à qui la légitime soit due. Et comme le petit-fils n'est pas héritier de son aïeul, tant que le pere vit, il s'ensuit que, tant que le pere vit, le petit-fils n'a aucune légi-

time à prétendre sur les biens de son aïeul.

Nos Auteurs demandent si le fils qui a eu sa légitime & qui l'a dissipée n'en peut pas demander une seconde ? Ils décident très-bien que non, mais qu'il peut seulement demander des alimens qui, selon *Cucchus*, ne peuvent consister que dans une pension viagere. Voyez *Cucchus de legitimâ*.

Ils demandent ensuite s'il n'y a pas quelques cas où le petit-fils puisse demander sa légitime dans la succession de l'aïeul, quoique le fils soit vivant ? ce qui ne se peut présenter que,

1°. Ou lorsque le fils a renoncé à la succession du pere,

2°. Ou lorsque le fils a été exhérédé justement,

3°. Ou lorsque le fils est mort civilement.

Dans *le premier de ces trois cas*, c'est-à-dire, quand le fils a renoncé à la succession du pere, *Mangilius* & *Merlinus* ont été d'avis que le petit-fils devenu héritier de son aïeul pouvoit demander sa légitime, par la raison que le fils qui a renoncé doit être regardé comme s'il n'étoit plus. *Vide Mangilium de imputationibus, quæstione 64, & Merlinum de legitima, lib. 1, tit. 2, q. 10.*

Il faut, ce semble, distinguer ; car si le fils qui renonce à la succession du pere, est unique, & s'il n'a rien reçu, il paroit juste que le petit-fils, à qui le fils a voulu que la succession de l'aïeul fût transmise, puisse demander sa légitime comme le fils auroit eu droit de la demander.

Mais si le fils qui a renoncé à la succession de l'aïeul a eu sa légitime, & s'il l'a dissipée, il y a lieu de dire qu'il n'a pu par son fait, c'est-à-dire par sa renonciation, charger frauduleusement la succession de l'aïeul d'une seconde légitime envers le petit-fils ; & si le fils qui a renoncé

avoit des freres & des sœurs, le petit-fils aura encore d'autant moins de droit de demander une légitime, qu'il ne peut être héritier de l'aïeul, comme représentant son pere qui a renoncé.

Dans le second cas, qui est quand le fils a été justement exhérédé, nos Auteurs sont partagés, comme on le peut voir par ce qu'a écrit *Merlinus*, liv. 1, *de legitima* in 2°, quest. 10, n. 11, p. 36, 37. Mais il semble qu'il y auroit encore une distinction à faire; car, si c'est un fils unique qui est justement exhérédé, il est indubitable que le petit-fils, devenu par son exhérédation héritier présomptif de l'aïeul, aura droit d'avoir sa légitime dans cette succession, quand même le fils auroit eu sa légitime, & qu'il l'auroit dissipée.

Mais si le fils exhérédé a des freres & des sœurs, le petit-fils, enfant de l'exhérédé, n'aura aucune légitime à demander dans les biens de l'aïeul dont il ne peut être héritier, par la représentation de son pere vivant & exhérédé; & tout ce que le petit-fils pourra obtenir, ne sera qu'une simple pension alimentaire. *Voyez* la Loi premiere, au Paragraphe *si emancipatus*, *Dig. de bonorum possessione contra tabulas & ibi Cujacium. Viglium ad titulum*, *Instit. de inofficioso testamento*, *n. 7.*

Et dans le troisieme cas, c'est-à-dire si le fils est mort civilement, comme s'il s'est fait Religieux, nos Auteurs distinguent très-bien:

Ou ce fils est unique & a déjà eu sa légitime; & si le petit-fils a été son héritier & a profité de ses biens, il ne pourra demander de légitime dans la succession de son aïeul, parce qu'il ne peut avoir plus de droit que son pere dans la succession duquel il a dû la trouver; & si le fils, ayant sa mort, a dissipé ses biens, en sorte

que le petit-fils ait été obligé de renoncer à sa succession, il n'en doit pas moins avoir sa légitime sur les biens de l'aïeul.

Ou ce fils qui est mort civilement a des freres & des sœurs. Et comme le petit-fils est obligé de tenir compte à la succession de l'aïeul de tout ce qui a été donné à son pere, soit qu'il en soit héritier ou non, il est évident que si le fils a eu sa légitime & s'il l'a dissipée avant sa mort civile, le petit-fils qui a renoncé à sa succession ne pourra point demander de légitime à la succession de l'aïeul, & qu'il ne pourra au plus obtenir que de simples alimens s'il est dans l'indigence.

Sur le tout déduit les dettes & frais funéraux.] Ceci est pris de la Loi *Papinianus*, §. *quarta*, *Dig. de Inofficioso Test. quarta autem*, dit Papinien, *accipietur scilicet deducto ære alieno, & funeris impensa, &c.* De-là nos Interpretes du Droit ont pris occasion de demander si la légitime est une part des *successions*, ou une part des *biens*. Antoine Faber, liv. 15, *de erroribus pragmat. capite 9*, a soutenu que ce n'étoit pas une part des *successions*, mais une part des *biens*, par la raison qu'elle n'est due qu'après les dettes prélevées, *seu deducto ære alieno;* & d'autres, comme *Fachineus*, *lib. 12 controversarum*, ont prétendu qu'elle étoit *une portion des hérédités ou des successions*, les dettes ne se prélevant, en ce cas, que pour la liquider; & en effet, si la légitime par cette raison n'étoit pas une partie des successions, il s'ensuivroit que la quarte falcidie ne seroit pas aussi une part héréditaire; & que dans le cas de l'art. 295, *les quatre quints* cesseroient d'appartenir à l'héritier à titre de succession, ce qui est absurde. *Vide Wisembachium ad tit. Dig. de inofficioso testamento, n. 9, & Cucchum de legi-*

timâ, *p. 69*, *n. 39*, ce qui eſt ſans difficulté parmi nous, où l'enfant ne peut avoir ſa légitime qu'à titre d'héritier. De ſorte que quand les ſucceſſions ſont onéreuſes il doit les accepter *ſous bénéfice d'inventaire ;* & comme enſuite en répudiant *il ne ceſſe pas d'être héritier*, il peut en cette qualité, & *comme ſaiſi*, intenter contre les donataires la complainte en cas de ſaiſine & de nouvelleté.

Nos Auteurs conviennent que pour liquider la légitime, il faut avoir égard à ce que les biens valent au moment du décès des peres ou meres, & ils demandent enſuite ſi la légitime doit augmenter ou diminuer au cas que les biens que les peres & meres ont laiſſés en mourant, augmentent ou diminuent.

Cette queſtion eſt traitée par *Cucchus*, *de legitima*, p. 206 de l'édition de Neuſtad en 1594, & par pluſieurs Auteurs qu'il cite, leſquels décident que, dans le cas propoſé, il n'y a ni diminution, ni augmentation de légitime, ſe fondant ſur la Loi *quæritur*, la Loi *ſi Patronum*, §. *finali*, *Dig. de bonis libertorum*, & la Loi derniere *ſi quid in fraudem patroni*, *&c.* Mais cet avis n'eſt pas généralement bon.

Que l'on ſuppoſe qu'un pere à Paris n'ait que deux enfans, une fille & un garçon, & que le pere qui a 400000 liv. de bien donne à ſa fille 150000 liv. d'argent en la mariant.

Le pere meurt, & fait ſon fils légataire univerſel.

Les biens que le défunt a laiſſés ne montant qu'à 250000 liv. la fille n'a point de légitime à demander en rapportant ſes 150000 liv. parce qu'elle perdroit 50000 livres, ſa légitime qui eſt de la moitié de ce qu'elle auroit eu *ab inteſtat* ne pouvant être au plus que de 100000 liv.

Si donc enſuite les biens en fonds laiſſés au fils légataire univerſel, augmentent ou diminuent, la fille remplie de ſa légitime & au-delà, au décès de ſon pere, ne perdra ni ne gagnera ; & dans ce cas *Cucchus* & ceux qu'il cite ont raiſon.

Que l'on ſuppoſe à préſent que le pere n'ait rien donné à ſa fille, & qu'en mourant il ait fait ſon fils légataire de tous ſes biens. Peu de temps après ſa mort, & pendant que les biens ne ſont pas encore diviſés entre le frere & la ſœur, les fonds augmentent de plus de moitié, la légitime de la fille ſera-t-elle augmentée ? Il faut dire que oui, parce que la fille, comme légitimaire, étant ſaiſie d'une partie de ces biens, il eſt impoſſible qu'ils puiſſent augmenter de valeur ſans qu'elle en profite. Et il en eſt de même ſi les fonds diminuent de valeur ; & dans le ſecond cas l'avis de *Cucchus* doit être rejetté. Quelques Auteurs propoſent d'autres diſtinctions dont il eſt inutile de parler, parce qu'elles ne valent rien.

Un homme qui a des biens conſidérables en fonds de terre, ſe marie & conſtitue à ſa femme le douaire coutumier. Cet homme devenu veuf ſe ruine. Il paſſe en ſecondes noces & il meurt, laiſſant des enfans de ſon premier & de ſon ſecond mariage. Les enfans du premier lit renoncent à ſa ſucceſſion & optent le douaire. Les enfans du ſecond lit renoncent pareillement ; mais ne trouvant rien dans la ſucceſſion de leur pere, ils demandent à leurs freres du premier lit leur *légitime ſur le douaire*. On demande ſi les enfans du ſecond lit ſont bien fondés dans une telle action ?

Cette queſtion ayant été portée au Parlement en 1629, dans une autre eſpece, il y eut Arrêt

contradictoire le 20 Mars, qui débouta les enfans du second lit de leur demande. *Voyez* Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 38.

Le Public s'étant élevé contre cet Arrêt, il y a eu une espece de Dissertation qui a été faite pour faire voir que ce Jugement est juridique, ce que l'on a cru démontrer nettement, en s'efforçant de prouver que le *douaire* n'est pas une donation. Ce qui est aussi absurde que si l'on s'étoit mis en tête de soutenir qu'une *donation* n'est pas une *donation*, ou qu'un *don* n'est pas un *don*, parce que réellement, *don*, *dot* & *douaire* ne font qu'une même chose, avec cette différence néanmoins que par le *don* on entend toute libéralité ; par la *dot*, ce que la femme, dans les Pays de Droit écrit, a apporté & donné à son mari *ad sustinenda onera matrimonii ;* & par le *douaire*, la dot que le mari constitue à sa femme dans les Pays coutumiers; d'où le *douaire*, dans la moyenne & la basse latinité, a été nommé *dos*, qui en Grec & en Latin ne signifie autre chose qu'un *don*, comme on l'a fait voir sur le titre du *douaire*, Δὼς *Datio. Dos.* Δόμα Δόσις. *Donum. Donatio.* Le douaire est donc, comme on le voit, un libéralité que le mari fait à sa femme en l'épousant, pour s'entretenir honnêtement pendant son veuvage, & pour élever ses enfans, auxquels on a jugé à propos d'en assurer la propriété, pour leur servir de légitime en cas que leur pere fit mal ses affaires & qu'ils fussent dans la nécessité de renoncer à sa succession.

Or il est contre la raison & la justice, que quand un pere laisse des enfans de divers lits, les uns aient leur légitime & que les autres ne l'aient pas & soient réduits à la mendicité.

Et par conséquent il faut dire, contre l'Arrêt

cité ci-dessus, que les enfans du second lit, comme légitimaires, partageront le douaire avec ceux du premier lit.

Mais, dira-t-on, si les enfans du second lit veulent être légitimaires, il faudra qu'ils soient héritiers de leur pere. Ils feront donc ainsi revenir dans la masse de sa succession ce qu'ils retireront du douaire ; de sorte qu'ils feront moins leur avantage que celui des creanciers.

On a répondu ailleurs que les enfans du second lit, pour prévenir toute chicane, n'ont qu'à se porter héritiers de leur pere, sous bénéfice d'inventaire; & comme les parts qu'ils prendront en cette qualité sur le douaire coutumier de leurs freres, ne seront pas *obligées ni hypothéquées* aux créanciers du pere, que l'on suppose postérieurs au douaire, ils en profiteront seuls, sans que les créanciers puissent se plaindre, puisqu'on ne leur fait aucune injustice.

Il ne reste plus qu'à examiner comment ce douaire sera partagé entre ces différens enfans; & comme ils sont tous légitimaires, puisque le douaire est une espece de légitime, il est, ce semble, juste de dire qu'ils le partageront également & par têtes.

Cependant il faut dire le contraire, les Douairiers étant réellement des Donataires. Or si un pere, avant sa ruine, avoit fait don à un de ses enfans d'un bien, les autres enfans n'y auroient pour légitime que la moitié de ce qu'ils y auroient eu *ab intestat*, s'ils avoient trouvé la chose donnée dans la succession du pere commun ; & par conséquent il en doit être ici de même.

Est la moitié de telle part & portion, &c.] Vide *Legem Papinianus*, §. *6 & 8*, *Dig. de inofficioso Testamento*, *& ibi Cujacius*.

Le préciput des aînés n'eſt pas une *portion héréditaire*, ainſi qu'on l'a remarqué ſur l'art. 15 & 16, d'où il y auroit, ce ſemble, lieu de dire que la légitime des aînés ne doit être que de la moitié de leur *part héréditaire*, & non la moitié de leur *préciput*. Cependant, comme le droit d'aîneſſe eſt favorable, le mieux eſt de donner extention à ces mots ou à la diſpoſition de cet article, & d'y comprendre le *préciput*, ou autrement il arriveroit qu'il y auroit une partie des biens des peres & meres qui ne ſeroit pas ſujette à la légitime, ou que le préciput de l'aîné augmenteroit la légitime de ſes puînés, ce qui ſeroit contre l'intention de cette Coutume.

Il faut ſe ſouvenir que cela doit être ainſi quand les peres & meres ont épuiſé leurs biens par des donations faites à des étrangers; car, quand ils en ont diſpoſé en faveur d'un puîné, l'aîné, outre ſa légitime qui eſt la moitié de ſa portion héréditaire, a toujours ſon préciput & ſes portions avantageuſes en entier, qui ne peuvent jamais être cédées à des puînés à ſon préjudice. *Voyez ce qu'on a remarqué ſur l'art. 16.*

Il faut bien remarquer que, ſuivant nos principes, l'enfant eſt ſaiſi de cette moitié qui compoſe ſa légitime, enſorte que les fruits lui en ſont acquis du jour du décès de ſon pere ou de ſa mere contre les Donataires & les Légataires, & que pour être conſervé dans ſa ſaiſine ou poſſeſſion civile, il peut intenter, dans l'an & jour, ſa complainte, tant contre les *Légataires* & les *Donataires*, que contre de tiers acquéreurs même de bonne foi; ce qui eſt contre le Droit Romain, & ce qui fait ceſſer les queſtions propoſées par *Cucchus de legitima*, pages 10 & 11. *An pro legitima filius habeat dominium in bonis*

paternis, & an bona patris sint pro legitima hypothecata.

La Coutume de Senlis dans l'article 161; celle de Clermont dans l'article 129, & celle de Valois dans l'article 134, donnent néanmoins une hypotheque tacite aux légitimaires; ce qui est contre les regles & moins avantageux aux enfans que la *saisine*, comme le remarque très-bien Ricard.

Que l'on suppose qu'un pere meure obéré, & qu'il ne laisse de bien que ce qu'il faut pour fournir le douaire de sa femme, ses enfans pourront-ils demander sur ce douaire la légitime à leur mere en se portant héritiers de leur pere?

Il faut dire qu'ils ne le peuvent;

1°. Parce que le Douaire étant lui-même une légitime, il ne convient pas qu'ils y renoncent pour avoir une légitime moins forte, car elle ne pourroit être que d'une portion du douaire.

Et 2°. parce que c'est en vain qu'ils la demanderoient, puisqu'elle seroit sujette au douaire qui est une espece de créance, comme on l'a fait voir sur ce titre; car il faut se souvenir que les enfans ne peuvent prendre leur légitime sur ce qui reste de bien dans la succession de leur pere, qu'après que les dettes ont été payées; de sorte que dans ce cas le mieux, pour les enfans, est de se tenir au douaire, & de demander des alimens à leur mere. En quoi ils sont bien fondés, puisque leur mere n'a le douaire qu'à la charge de les élever & de les nourrir.

Mais si les enfans ont encore leur légitime à demander à des freres ou sœurs d'un premier lit, qui ont eu de grands & excessifs avantages avant que leur pere eût passé en secondes noces, & qui se sont tenus à leur don, alors comme il

eſt utile à ces enfans d'être légitimaires, ils pourront renoncer à leur douaire, mais ils imputeront ſur leur légitime la nue propriété du douaire dont ils ſont ſaiſis comme héritiers.

Fin du Tome ſecond.